INTRODUCTION CRITIQUE A LA PENSEE JURIDIQUE CONTEMPORAINE

FRANÇOIS OST

Chapitre I. Cours de théorie générale du droit.

Il s'agit d'une théorie générale, c'est à dire qui réfléchit à l'ensemble du droit, qui prend en compte toutes les branches du droit, public ou privé, interne ou international, de branches centrales ou périphériques.

C'est une théorie, c'est à dire que le propos est critique, de second degré ; le premier degré étant le droit, la doctrine. On réfléchit ici à la présentation, à la mise en œuvre du droit. On se demande « pourquoi ? » et pas seulement « comment ? », on s'intéresse aux ratés, aus dysfonctionnements, ... Quelles évolutions se posent ?

Cette approche est interdisciplinaire et ce, dans plusieurs sens : au sens le plus étroit : le dialogue des différentes branches de droit (certaines questions relèvent à la fois du droit privé et du droit public...). Un deuxième cercle plus large : le droit mis en perspective historique, diachronique et en perspective comparative. Au sens plus audacieux, moins souvent retenu, c'est également la mobilisation des sciences sociales qui ont une pertinence pour l'étude des systèmes juridiques.

Ce cours présente une dernière caractéristique : il est branché sur l'actualité. Il étudie les évolutions du droit aujourd'hui. On va essayer de répondre à la question « du pyramide au réseau ? », qui est une thèse. Passe-t-on 'un modèle hiérarchique à un modèle horizontal, plus soft ?

Ce cours est caractéristique des études universitaires en droit à Saint Louis :

- *universitaires* : depuis le premier jour du baccalauréat on parle de longues études qui sont un détour pour affronter les changements qui se présenteront au fil du temps. On cherche une flexibilité d'adaptation, voilà pourquoi ce n'est pas directement professionnalisant. Il permet de prendre du recul par rapport à ce domaine, de faire preuve de création et d'imagination.
- *Juridiques* : programme commun des 5 universités francophones à la suite de Bologne : 50% juridique, 50% non juridique, ce qui est une caractéristique partagée avec ce cours.
- Saint Louis : depuis toujours on cherche une interdisciplinarité (CIEJ, ...)

C'est un cours ex cathedra suivi d'un séminaire de théorie du droit.

Chapitre II. Un changement de paradigme : de la pyramide au réseau ?

La théorie du droit qui est encore présente dans l'esprit des juristes actuels remonte à la première moitié du 20è S. Elaborée par H. Kelsen, juriste autrichien, a écrit la « théorie pure du droit », théorie du droit positif, basé sur l'état et la loi. Cette pensée positiviste est caractérisée par l'ordre et la stabilité. Ordre politique basée sur la figure de l'Etat, puissance suprême dans l'ordre interne, à l'intérieur de ses frontière (monopole de la violence légitime chez Weber), Etat souverain dans l'ordre externe, dans la société internationale, la loi étant centralisée, impérative et garantie par la sanction.

Sur le plan politique, ce modèle est qualifié de Westphalien, en référence au Traité de Westphalie 1648 qui a divisé l'Europe en frontières stables. Ce modèle est celui d'un état de droit (rechstaat ; rule of law), caractérisé par une stricte séparation des pouvoirs et par une hiérarchisation des pouvoirs : la constitution habilite le législateur qui habilite l'autorité provinciale, communale, ...

Section 01 COMMENTAIRE DES DEUX ILLUSTRATIONS

Illustration n°1 : frontispice du Léviathan de Th. Hobbes : a contribué au succès d'une doctrine étatiste du droit. Le souverain est mi-homme, mi-dieu. Il trône au dessus de la ville. « Aucune puissance sur terre ne se compare à la sienne ». Il lève un glaive (pouvoir temporel) et une crosse (pouvoir spirituel) : il est le premier dans ces deux domaines. Les quidam sont censé s'identifier à lui : les hommes sont incorporés à lui. Tout converge dans la volonté, la raison de ce personnage auquel nous sommes censé nous identifier. Le mot « hiérarchie » laisse entendre qu'il y a u sacré : « *hiéros* » signifie « saint » et « archos » le pouvoir : le pouvoir culmine dans une source sainte. Cette image illustre le langage syllogistique d'Aristote : la majeur, c'est la loi, la mineur c'est le dossier particulier ; la conclusion est une inférence simple.

Cette logique d'Aristote est binaire : oui/non. Elle repose sur trois principes : identité (A=A), différence (A n'est pas non A) et le tiers exclu (soit A soit non A). Toute la pensée juridique se base sur cette binarité : national/étranger ; publiciste/privatiste ; meuble/immeuble ; ... Tout ce monde basé sur l'ordre et la stabilité s'est mis à bouger, notamment sur le plan des sciences naturelles. La théorie de la relativité d'Einstein : plusieurs vérités sont compossibles. On entre dans un monde pluriel où coexistent des vérités multiples.

Illustration n°2 : Relativité de Escher : à première vue, tout semble normal, mais il y a trois perspectives acceptables selon son propre point de vue, mais devient inacceptable quand on les combine. C'est la mise ensemble qui pose problème. Dans le monde moderne, on doit essayer de rendre harmonieux, compossible des visions du monde, des langues, des perspectives différentes. On n'est plus dans le point de vue unitaire absorbé par le souverain ; ce n'est plus ou / ou comme chez Aristote mais et/et comme le dit Ulrich Beck: la pensée contemporaine est conjonctive et non plus disjonctive. La globalisation du monde n'a pas fait disparaître le local. La sociologie ne doit pas étudier les phénomène globaux ou les phénomènes locaux, mais la *glocalisation*.

Foucault nous pousse aussi à penser à cette transformation. Il commente « le monde contemporain s'est affranchi du système souverain loi qui a façonné la pensée politique si longtemps ». Exit donc le modèle Léviathan souverain loi. Nous ne vivons pas ans un modèle qui englobe tout, mais qui vient de partout : c'est un modèle multi foyer. « Il ne faut pas chercher le pouvoir dans un foyer unique de souveraineté mais dans la multiplicité des rapports de force qui sont immanents aux domaines où ils s'exercent ». Dans notre actualité, on le retrouve : les frontières ont sauté : l'économie se financiarise, les flux financiers sont supérieurs aux flux de marchandise, entre des places boursières interconnectées 24h sur 24. Les technologies numériques mondialisent la culture « Jadis, la communication se faisait one-to-one : à l'âge des cavernes, on discutait d'une personne à l'autre. Puis, avec l'imprimerie, elle s'est faite one-to-many : transmission à sens unique des information : un livre pour beaucoup. Aujourd'hui, elle se fait many-to-many : la communication n'est plus pilotée du dessus, mais par chacun ». La construction européenne, laborieuse sans doute, affaiblit les états nations. Il y a une émergence des pouvoirs privés (sociétés transnationales, ONG : MSF, Croix Rouge, Greenpeace…) .

Il y a une montée en puissance du juge, qui devait jusqu'hier se contenter d'appliquer mécaniquement la loi. Il a maintenant un pouvoir d'interprétation qui lui permet de devenir le co-auteur de la loi. Il y a une montée en puissance des justiciables. Le juge se saisit d'affaires ou les parties ont de plus en plus de prétention. L'interrogation de Esher doit donc être de prise en compte : comment rendre ces vérités compossibles ? *Mais comment traiter sérieusement ces questions ?*

Section 02 *UN CHANGEMENT DE PARADIGME*

§1. Th. Kuhn et la remise en cause des paradigmes suite à des anomalies

La théorie des paradigmes (Th. Kuhn) dans « *La structure des révolutions scientifiques* » (1972). Kuhn est historien et sociologue des sciences. Il constate des alternances entre des sciences normales et des crises de paradigme débouchant au bout d'un certain temps sur une révolution scientifique et qui se termine par le triomphe d'un nouveau paradigme.

Dans un paradigme scientifique, on est dans un cadre théorique commun qui fournit des problèmes types et des solutions correspondantes. Koen dit que le paradigme fournit « la carte et la boussole de la recherche » : le terrain et la méthode d'orientation sur ce terrain.

Tout va bien jusqu'à ce qu'apparaissent des anomalies, des faits d'observations qui ne cadrent plus avec les observations. La science, vivante, remet alors en cause les hypothèses théoriques, car le fait lui, s'il est bien mesuré, ne ment pas. Cela ne se fait pas sans résistance : ce n'est qu'en dernier ressort que les sciences admettent qu'elles ont tort (facteur psychologiques). On résiste en émettant des hypothèses ad hoc ou des obstacles épistémologiques (relatifs à la théorie de la science). Mais la vérité triomphe toujours en fin de compte, en expliquant la vérité de façon plus large, plus englobant. A lieu alors un consensus scientifique où tout le monde suivra le nouveau paradigme de science normal.

Exemple : Copernic et Galilée changent la conception du monde, d'un modèle géocentrique séculaire reposant sur le témoignage empirique des sens et de l'Eglise à un modèle héliocentrique. En science humaine, il n'y a jamais d'unanimité, de convergence, mais il y a des modes et des dominances. Ainsi, en psychologie, Freud nous explique que certains actes manqués, secondaires (lapsus, rêves, ...) révèlent un continent secret à l'arrière de notre discours conscient, rationnel.

Quid en droit ? L'hypothèse, c'est que nous vivons depuis quelques temps une crise de paradigme et que le modèle positiviste de Kelsen, modèle étatique, légaliste, binaire, hiérarchique est *ébranlé* au profit de régulation, réseau, gouvernance. Quelques indices de ce bouger : l'état a cessé d'être le foyer unique du pouvoir et donc la source unique du droit. L'Etat doit partager le pouvoir à différents niveau : supra : partager le pouvoir avec l'Europe, le monde (ONU , BIT, OMC, ...) ; infra : partage du pouvoir avec des entités décentralisée et fédérées.

Plus original, l'Etat doit partager son pouvoir avec des pouvoirs privés qui sont en mesure de partiellement s'autoréguler ; autre indice de changement : le législateur n'est plus la source unique, le foyer central de la production du droit. La volonté du législateur ne va plus de soi. Les lois sont soumises à des contrôles préventifs ou curatifs. Les systèmes juridiques interagissent : 60% du droit belge est d'impulsion européenne. Le système juridique interagissent avec d'autres systèmes : environnement, matières d'ingénieur. Il est donc impossible de faire une théorie du droit pure, non pénétrée par ces apports extérieurs : impulsions morales, techniques, étrangères, religieuses, ... la connaissance, l'enseignement, la recherche en droit doit être interdisciplinaire pour y comprendre quelque chose.

Sur le plan des valeurs, le système juridique était installé dans une optique consensuelle (droit de tradition humaniste catholique, ...) . Il faut aujourd'hui aménager des libertés concurrentes.

On assiste à un changement de paradigme, qui se signale par des anomalies, qui infirment les théories et les attentes.

Premier type d'anomalies en droit : boucles étranges ou hiérarchies enchevêtrées : une norme ou un pouvoir inférieur se rend maître de la norme censée l'encadrer, c'est à dire qu'on en donne une interprétation extensive ou restrictive ou mettre de côté, ne pas appliquer, retarder indéfiniment le moment ou sont adoptés les arrêtés d'exécution d'une loi.

Un exemple est tiré du ministère public : les procureurs du roi, chargés de la répression des infraction, doit, en principe, être un organe de la loi, le plus fidèle exécutant des volontés du législateur dans un état de droit. Il y a une légalité des peines et des infractions. On ne peut poursuivre que pour des infractions qui sont prévues à l'avance dans le code pénal. *Nullum crimen sine lege ; nulla poena sine lege.* Et pourtant, en pratique, prévaut le principe d'opportunité des poursuites : il appartient aux représentants du ministère public de faire le tri parmi les infractions qui viennent à sa connaissance. Il suit une politique répressive qui permet notamment d'éviter un engorgement. Il est légitime, admissible, qu'une certaine sélection s'opère. On décide aujourd'hui que les abus sexuels sur les enfants est un problème numéro 1 ; mais la consommation non problématique de stupéfiant soit dans le bas de la pile et qu'on ne s'en occupe pas. Mais on a contrôlé et aménagé cette opportunité des poursuites, sinon l'égalité devant la loi poserait problème. Il y a des mécanismes de régulation. On assiste là une boucle étrange intéressante. Cette boucle étrange a même fait des émules puisque le législateur a aligné le droit sur le fait.

Un autre exemple : le rôle des cours constitutionnelles au regard de la volonté du constituant : on a veillé à ce que la constitution prévale sur des lois, des normes inférieurs contraires. La CC devrait adopter un rôle de police pyramidale. Dans la pratique on constate que le constituant n'est plus là pour dire ce qu'il voulait exprimer et le texte est livré à des interprètes. La constitution est donc complètement aux mains des juges constitutionnels, bien qu'il s'agisse de personne sages, elles sont faillibles. La constitution n'est donc pas monolithique même si elle semble au dessus des normes, mais elle est livrée à ses interprètes, même si des règles canalisent les risques.

Deuxième type d'anomalies : les *O.J.N.I* (objets juridiques non identifiés) pour viser des institutions qui ont des pouvoirs inédits, déjouant les classifications traditionnelles.
En Belgique et en France, il y a les Autorités Administratives Indépendantes : c'est hybride : on est à la fois dans le cadre du droit public et un affranchissement de ce cadre public. Exemple : la commission bancaire et financière qui exerce des pouvoirs de régulation, ce qui n'appartient à aucun des trois autres pouvoirs ! On se situe à cheval de ces trois pouvoirs. Le CSJ, les comités d'éthiques autour de certains hôpitaux, ... se trouvent en marge des trois pouvoirs établis.

Il y a aussi la multiplication de termes hybrides : la citoyenneté est partagée au niveau national et européen. On ne peut plus réfléchir de façon binaire. Le problème de la souveraineté est qu'on en a transféré à l'UE (battre monnaie par exemple).

§2. Trois types de réactions de la doctrine face aux anomalies :

Première réaction : une réaction hâtive, enthousiaste d'acceptation irréfléchie de l'anomalie qui consiste à liquider le paradigme ancien. Certains auteurs élargissent l'anomalie et lui accordent un pouvoir qu'elle n'a pas forcément. Exemple : G. Teubner a, dans ses ouvrages, annoncé un droit spontané, autorégulé émanant des milieux scientifiques, médiatiques, économiques dans le cadre d'une démission d'un Etat central avec son système de commande et contrôle. Il se dégage très peu d'instances supérieures, d'arbitres. Un auteur québécois (G. Belley) a écrit « le droit soluble ». la régulation juridique n'a pas disparu mais elle se dissout dans un milieu normatif plus large, dans un pluralisme normatif. Il étudie les normes qui s'appliquent aux grandes entreprises du Québec. Il y a des normes morales, techniques, déontologiques, économiques, ... Voilà deux exemples trop extrêmes de la pensée en réseau: c'est une sérieuse remise en

question mais on évacue la contrainte étatique. D'autre part, à aucun moment on ne s'interroge en terme de valeur sur la perte de ce paradigme. Prix éthique ? Politique ? Régression ? Il est certain qu'on perd en terme de sécurité juridique.
Loi de la bipolarité des erreurs : G. Bachelard explique la loi du balancier : il y a une fatalité théorique qui dit qu'on ne s'affranchit d'une erreur que pour entrer pied joint dans une autre. On voue presque un culte à l'absence de régulateur.
Cette position est minoritaire.

Deuxième attitude, dominante : résistance, inertie, paresse, crispation sur ses positions,... On fait tout pour disqualifier l'anomie par deux stratégies qui permet de se défendre contre les anomalies. On a parfois l'impression que certain paradigme existe toujours alors qu'il est mort, comme des étoiles mortes. On adopte alors deux comportements :

1/ créer des hypothèses adhoc :* on crée des exceptions sans remettre en cause le reste de la théorie. On dira alors « l'exception confirme la règle », mais il y a un moment où il y a tellement d'exceptions où il faut formuler la règle presque à l'inverse.

Le pouvoir normatif et l'agencement des pouvoirs sont des modèles *sui generis.* Mais le droit européen est de plus en plus invasif : 60% du droit national est d'impulsion d'origine européenne. Alors dire que le droit européen est une exception car il n'est pas construit comme le droit interne. Cette exception nous dispense de remettre en cause notre système pyramidal.
2/ poser obstacles épistémologiques :* Il s'agit ici d'étendre indument le pouvoir explication de l'ancienne théorie de façon à disqualifier l'objection. On affirme de façon autoritaire que l'anomalie n'a pas lieu ;

- la fonction de juger : il est inévitable que le juge interprète la loi. Appliquer, c'est toujours interpréter et donc colorer la loi. Il arrive parfois que la doctrine, l'opinion publique désapprouve l'interprétation du « gouvernement des juges ».le juge est la coauteur de la loi, au moins à la marge. C'est une façon paresseuse de s'aveugler face à une évidence qu'on ne veut pas reconnaître.
- Il est vrai aujourd'hui que de nombreux secteurs sont autorégulés. Des milieux entiers se sont institutionnalisés, avec des chambres arbitrales, des chambres de jugements. La chambre économique s'est dotée de la *lex mercatoria*. Le milieu universitaire est particulièrement autorégulé. La doctrine classique disqualifie ces phénomènes : rien de quoi ébranler : ce n'est que l'application de l'autonomie de la volonté (1134 du C.Civ.) : les conventions entre parties ont valeur de loi entre elles. Se sont invités à la table du droit des acteurs singulièrement puissant.

– Il est un fait que se multiplient les sources du droit : quand un ministre ou un secrétaire d'état prend sa charge souvent essaye de codifier sa matière, pour la stabiliser, la pérenniser, la rendre cohérente. Mais souvent la méthode choisie n'est plus la bonne. Codifier le droit de l'environnement, c'est épuiser l'eau de la mer avec une petite cuiller. La codification qui prétendait pyramiser, hiérarchiser une matière n'est plus une technique d'aujourd'hui.

Troisième attitude à adopter : Se mettre au travail, prendre acte ou enregistrer les anomalies et se demander pourquoi le paradigme ancien est infirmé dans tel ou tel terrain et oser voir les choses autrement, oser formuler une autre théorie d'ensemble, plus large que la précédente. L'ancienne théorie doit continuer d'exister en prenant de la hauteur. La notion de réseau qui ne chasse pas la pyramide.

§3. Quatre corolaires accompagnent les paradigmes :

A. Les idees forces : axiomes, postulats.

Le modèle pyramidal classique se base sur deux idées forces, rationalités du législateur. Lorsqu'on bascule dans un réseau, les axiomes se relativisent. La rationalité et souveraineté ne vont plus de soi. Il y a alors le principe de subsidiarité et proportionnalité. La subsidiarité départage les législateurs concurrents, on ne répond plus à priori ici mais on se soumet à un test d'efficacité comparée. On cherche à savoir qui est le mieux placé pour légiférer (performance comparée).

L'Europe, sui generis, ne détermine pas qui est compétent : on légifère aussi bas que possible et aussi haut que nécessaire. On ne peut déterminer par avance l'endroit où se trouve l'équilibre. Supposons de décider qui est compétent pour la chasse aux oiseaux migrateurs : le niveau national serait ridicule. Le niveau pertinent devrait être général, presque mondial. Lorsque le principe de subsidiarité ne permet plus de déterminer qui fait quoi, on fait un test de proportionnalité.

Un deuxième principe fort présent : le principe de proportionnalité : « valide pour autant que », il y a un test élastique : loi fiscale qui impose telle catégorie de concitoyens sera valide pour autant qu'il y a ait une proportionnalité. Oui, un gouvernement peut limiter la liberté de la presse, pour autant que ce soit raisonnable dans une société démocratique.

B. VALEURS :

Ordre, stabilité, prévisibilité de l'environnement normatif sont des valeurs pyramidales. On peut ajouter fidélité, cohérence. Mais du coté réseau, on a des valeurs plus modernes : créativité, souplesse, apprentissage permanent. Un juge constitutionnel italien écrit « le droit doux », contemporain. Ce n'est pas un droit incitatif mais dissuasif, régulateur, qui invite à choisir un chemin sans contrainte pénale.

Dans le modèle classique, les lois sont binaires. Une loi s'applique intégralement ou non. A cela, dans le modèle nouveau, on peut opposer des principes généraux du droit qui sont des horizons : transparence, bonne administration, bonne foi, confiance légitime, susceptibles de plus et de moins ; mais dont on ne peut exiger l'exécution intégrale.

C. VISIONS DU MONDE SOUS-JACENTES OU METAPHYSIQUES :

Dans le modèle classique, on travaille comme Descartes sur des essences ou substances, avec un pôle sujet central et on pense selon un modèle mécanique simple de rapport de forces, prévisible. Dans le modèle nouveau, on recherche les relations, les fonctions. Les substances n'existent que comme la somme des relations, comme le résultat des fonctions qui s'exercent sur elle. C'est le mouvement qui anime, qui provoque les essences. Le sujet a perdu de sa superbe aujourd'hui et nous raisonnons plus en terme d'inter connectivité, d'intersubjectivité. Le modèle n'est donc plus mécaniquement simple mais complexe, rempli de boucles de rétroactions beaucoup moins prévisibles. Ce n'est plus une horloge avec des engrenages mais des la météorologie qui doit intégrer des facteurs très nombreux.

D. IMAGES OU METAPHORES :

Il ne faut pas les discréditer, ce sont des révélateurs très efficaces des pensées des interlocuteurs. Pyramide et réseaux sont des images. On a pu opposer coté pyramide « l'empire du droit » (R. Dworkin) face à « un archipel de la norme ». Du coté classique, on a souvent parlé du pouvoir comme « un arbre » qui a des racines, un tronc et des rameaux en remontant à un foyer unique de pouvoir. Deleuze et Gwatari pensent la modernité comme un rhizome, des racines qui surgissent n'importe ou. On a pu opposer la personne juridique (Kelsen) classique à un hydre à plusieurs têtes. C'est comme si on opposait un codex, un code napoléon, justinien à des sources multiples contemporaines qu'on appellerait rhapsodie (poètes grecs du temps d'Homère qui racontaient l'histoire sur un

canevas connu, tout en adaptant selon les circonstances). Du coté classique, on parle des animaux nobles et majestueux : lion ou aigle. Pour le droit en réseau, on parle du droit caméléon. Enfin, dans le registre des matières, le droit classique est associé à la pierre, au marbre (*dura lex sed lex*) contre le flexible droit, droit gazeux ou liquide.

§4. Auto-critique :

Est-ce tellement nouveau ce passage du simple au complexe ? Finalement, non ! Si on regarde l'histoire du droit et si on fait du droit comparé ou de l'anthropologie juridique, l'image du réseau n'est pas nouvelle et est même plus fréquente qu'un modèle en pyramide, et n'a peut-être même été qu'une parenthèse dans l'histoire. En effet, le droit de l'Ancien Régime est un droit complexe, non codifié, avec de multiples foyers de pouvoirs en concurrence : le droit du prince, le droit de l'église, le droit coutumier local, le droit savant ressuscité du droit romain, le droit des corporations... tout cela fait désordre, sans véritable hiérarchie. Cette situation prévaut toujours aujourd'hui à beaucoup d'endroits (ex : Sénégal). Et dans le temps et dans l'espace, la figure hiérarchique fera peut-être exception.

Probablement que l'Etat et le droit étaient moins réticulaires avant qu'en 2012. Il ne faut pas confondre l'instrument d'observation et la réalité observée. La réalité est plus complexe. Max Weber a des idéaux types (caricature utile pour s'orienter, mais très simplificatrice) : la carte n'est pas le territoire. Dans une certaine mesure, l'instrument d'observation crée le réel observé. Si on a un télescope et un microscope, on va décrire des bactéries ou des étoiles. « si on part à la pêche avec un filet aux larges mailles, on conclura qu'il n'y a dans la mer que de grands poissons »Il ne faut pas pour autant croire que la vraie réalité brute n'existe pas. Les nominalistes arrivent pourtant à cette conclusion : la réalité n'existe pas, elle n'est que dans notre tête. Or, il y a du réel, mais nous le traitons, les transformons selon nos perceptions. Un espagnol et un italien n'entendent pas la même chose. Le réel c'est un coq qui s'époumone et qui en français ou en anglais n'utilisent pas la même onomatopée.

Mais pour les affaires humaines, cela se complique. Jusqu'à présent, on parlait du réel langagier : les mots que nous projetons sur le réel finissent par le configurer. A forcer de parler de pyramide et de réseau, la réalité fini par se configurer selon ce modèle. Pour les observateurs, il y a un moment d'incertitude de sorte que la même réalité observée se prêtera à des lectures différentes.
Ex : cour constitutionnelles apparues en Europe dans les années 50 dans les états

de droit relèvent elles dans un système ou l'autre ? Elles étaient crées pour la stabilité, l'ordre mais dans les faits une jurisprudence imprévisible est apparue et on s'est rendu compte qu'on a crée une nouvelle branche du constituant.

Réserve axiologique, en terme de valeurs. Ce n'est pas parce que je propose de comprendre le droit en réseau que je considère que c'est un progrès. Il ne faut pas confondre : décrire, expliquer, évaluer ! Ce sont des démarches complémentaires mais pas identiques.

Décrire : prendre acte d'une réalité
expliquer : pourquoi est-ce arrivé ?
Evaluer : jugement de valeur positif /négatif : progrès ou régression ?

Est-ce un progrès qu'on ait un réseau ? La langue est toujours susceptible de bon ou mauvais usage. Avec le réseau, on gagne en terme de transparence, de débat, de négociation,... on n'impose plus de solutions à priori, on évalue à postériori, on se concerte.... même si les phénomènes de pouvoir ne désarment jamais. Il y a un modèle très décentralisé comme le marché qui n'a pas de Léviathan.

De façon plus philosophique, la mission du droit est d'instituer un cadre normatif dans la société : qui a droit à quoi ? Qui dit quoi ? ... Le droit institue une société! Le droit pour se faire doit toujours être en position tierce, et non la résultante d'un pouvoir de force horizontal. Le droit en réseau ne peut plus occuper cette position tierce. Le droit peut se diluer end eux cas de figure : ultra dictatorial ou ultra réticulaire.

Section 03 *RESEAU, REGULATION ET GOUVERNANCE :*

§1. Réseau

Réseau vient du latin *retice*, le filet ! Un réseau est un maillage, un tissu. C'est donc une trame constituée d'un certain nombre d'éléments (nœuds ou points) reliés entre eux par des liens qui assurent leur interconnexion et dont les variations obéissent à certaines lois de fonctionnement.

Un réseau présente certaines caractéristiques : aucun point n'est privilégié par rapport à un autre. Rien n'est au centre ou au sommet. On peut surfer à partir de n'importe quel point. De plus, il est virtuellement infini : on peut toujours rajouter des mailles. Ceci dit, le réseau est protéiforme. Il peut prendre n'importe quelle forme : un réseau peut donc s'il le veut prendre la forme d'une pyramide

(réseau de résistance, maffieux, ...) C'est justement cette possibilité qui le rend supérieur par rapport à une pyramide, dont la forme est figée. Un nouveau paradigme n'invalide pas le paradigme antérieur, il l'englobe !

Un autre avantage de la structure en réseau : c'est un juste milieu entre le chaos absolu et la pyramide. C'est une figure dialectique entre deux extrêmes.

§2. Régulation

Régulation et gouvernance : régulation doit être pensé en même temps que réglementation et gouvernement avec gouvernance. Régulation revient au réseau alors que la gouvernance se considère dans une pyramide.
Exemple : si on pense un carrefour avec des feus rouges c'est différent de l'autorégulation du rond point. La gestion est à présent plus fluide, plus décentralisée: chacun est son propre feu rouge.

La réglementation est un commandement unilatéral, autoritaire, centralisé par opposition à la régulation qui est un ordonnancement assoupli, décentralisé, adaptatif, et souvent négocié. La régulation est processus par lequel un système complexe se maintient ou s'ajuste en conformité avec quelques normes. Un thermostat est un système qui permet de maintenu la température fixe en s'adaptant.

L'idée de régulation est intéressante dans une structure en réseau ou il y a plusieurs foyers d'initiatives et de normes, qui ont une influence mutuelle. Il y a besoin d'une régulation pour éviter la cacophonie. Dans un modèle pyramidal, on est dans une logique d'exécution du commandement : l'ordre se transmet en cascade. Ici, on se trouve dans un endroit où collectivement il y a des initiatives.
Exemples de techniques de régulation qui prend la place de l'exécution :

1. les AAI comme le CSA, sont des instances semi privées semimi publiques, mi juridiques mi techniques et sont souvent décrites comme des autorités de régulation.
2. L'action des cours constitutionnelle est régulatrice des rapports entre autorités publiques (entre le législateur fédéral et décrétal ou les gouvernants et les gouvernés). C'est un rôle politique et de régulation, de réparation des compétences, de garde-frontière (ne pas porter atteinte aux libertés fondamentales des justiciables).
3. L'autorégulation reconnue à certains milieux professionnels : opérateurs économiques et financiers se dotant de règles collectives.

§3. Gouvernance

Un gouvernement est une instance étatique qui impose des règles de manière autoritaire et centralisée. La gouvernance est un processus de coordination d'acteurs qui ne sont pas tous étatiques en vue d'atteindre des objectifs définis collectivement. Ne s'applique plus l'ancien modèle wébérien, légaliste et bureaucratique mais se définit, se négocie et s'applique en commun une concertation des objectifs communs dans des conjonctures également fluides. Exemple : au niveau local : se multiplient des initiatives de *multi-level governance* débouchant sur des contrats de ville : il y a des problèmes de sécurité dans les grandes villes : à Charleroi, la ville, l'état fédéral, des citoyens et des entreprises du secteur se mettent autour de la table en définissant des objectifs, mettant des moyens sur la table…Autre exemple : rapports supra nationaux : dans la communauté des Etats : pour parler de ce qui se fait au niveau de la communauté des Etats, on peut parler de « gouvernance sans gouvernement » : il n'y a pas de gouvernement mondial. Il y en a des anticipations avec une effectivité limitée et un pouvoir restreint. Il y a des structures onusiens (OMS, OIT, OMC), des ONG, qui ont besoin du concours des états pour mettre en œuvre toute mesure ! On parle aussi de gouvernance d'entreprise (*corporate governance*) : les grandes multinationales qui ont des sièges d'exploitation, sociaux et de production différentes doivent définir des règles transnationales.

L'Etat n'est-il pas lui même tenté par cette logique de gouvernance. Nos Etats classiques sont remis en cause dans leur rôle d'Etat gendarme de garantie de la sécurité et d'Etat social providence qui paye les hôpitaux, … On dit parfois que les Etats sont trop petits pour les grands problèmes et trop grand pour les petits problèmes. Il y a des appels à la décentralisation pour déléguer vers le bas la compétence de certains dossiers Il y a des appels à la modernisation de la fonction publique (la poste, …) voire même de la privatisation de certains services publics, le tout sur fond d'idéologie ultra libérale et d'une contestation de l'Etat central. Mais heureusement que l'Etat central est encore là, comme on l'a pu constater pendant la crise financière : un ministre des finances, premier ministre qui ont sauvé les grandes banques !

Toutes les formes possibles de la concertation (comitologie, procédures d'évaluation de suivi et de mise en œuvre de la décision) réorientent, revoient la décision prise. On entre dans une logique interminable ! Le texte n'aura jamais une version complètement finale, chacun essaye toujours de les discuter.

§4. Critique de cette triple nouvelle logique :

A. Efficacite:

Foucault parlait déjà de la question de gouvernementabilité : est-il possible de gouverner un tel Etat ? Ne serait-ce pas une usine à gaz ? N'y a t il pas une dilution des responsabilités ? Personne n'est vraiment responsable de la norme en amont et en aval de la discussion, il n'y a aucune assistance qui fait vraiment appliquer la règle.

Ces modèles s'opèrent sans filet, sans mode d'emploi et nécessitent une grande capacité de dialogue entre les partenaires qui ne se connaissent pas bien : des particuliers et l'état. A Charleroi, on met à table le directeur d'une PME, un représentant de la ville, un représentant de ministère de l'intérieur... C'est compliqué de s'entendre ! Au CSA, des ingénieurs doivent convaincre des juristes ! Et vice-versa ! La communication est extrêmement compliquée ! Ces processus de gouvernance impliquent des mécanismes de traduction...

B. Legitimite

Questions politiques et morales concernant nos valeurs : elles sont évidentes et de deux types :

1*/ Représentativité : est-on sur que tout le monde est autour de la table ? Tous les groupes concernés ont-il pu faire valoir leur point de vue ? Dans la politique classique, on a répondu à cela par la représentation au parlement. On passe ici dans la logique de gouvernance à des détenteurs de parts, à des personnes intéressées ? Mais comment être sur que tout le monde est à table puisqu'il n'y a pas de modèle préétabli ?

2*/ Est-on sur de retirer le bien commun de ces concertations ? Qui est l'arbitre ? Quelles sont les règles ? Ce n' »est pas parce qu'on négocie que la vérité sort de celle-ci ! Les négociations peuvent déboucher sur un accord léonin ! Les conflits de réunion permettent de faire valoir un point de vue dissident. Ici, on se demande si l'intérêt général ressort de ces concertations.

Il faut raison garder car les mécanismes classiques de l'état central, pénaux, etc. sont toujours en arrière-plan et peuvent toujours être utilisés !

Section 04 *EXEMPLE : LA GOUVRNANCE AU GOUVERNEMENT EUROPEEN :*

En 2001, l'Europe a produit un livre blanc qui a pour titre « *La gouvernance européenne* », qui fait le bilan et le programme. Sous les coups de butoirs anglais,

l'Europe extensionniste était fortement remise en question avec une certaine tentation nationaliste. L'Europe produit ce document à l'époque. Ce document est mixte et relève des deux logiques. Il y a un gouvernement européen ou on essaye de créer une souveraineté européenne ou de rappeler une forme d'imperium. « La Commission européenne, moteur, est gardienne des traités.» On se propose une application plus rigoureuse de la législation communautaire ! On poursuit avec intransigeance les infractions au droit communautaire les états qui trainent, tardent pour transposer une directive européenne en droit interne, de façon encore plus volontariste, la commission veut assurer la cohérence de ses politiques, identifier des objectifs à long terme , transcender les intérêts sectoriels. Bruxelles est la capitale mondiale du lobbying !

C'est jusque là de la logique pyramidale ! Mais il y a beaucoup plus de pages qui donnent du crédit à la second thèse de gouvernance, régulation et réseau : on désire développer la méthode communautaire : ca n'a jamais été défini par avance : elle est inspirée par ces principes de subsidiarité et de proportionnalité (moins légiférer et le plus proche possible du citoyen). On multiplie par ailleurs les instruments d'actions pour atteindre un objectif déterminé : la commission entend utiliser toute sortes d'instruments : persuasion, financement structurel, des programmes d'action.

Dans le processus de Bologne, il n'y a aucune obligation en soi, uniquement des recommandations. C'est par effet d'entrainement, de contagion, de cercle vertueux que Bologne s'est mis en place. La méthode européenne, c'est aussi la concertation, la volonté de légiférer le plus bas possible (bottum-up). Du reste, le livre blanc est le résultat d'une large concertation (2500 citoyens ont participé à ce livre). De plus, on ajoute qu'il faut mettre en place des mécanismes de médiation, d'intermédiaire pour négocier des solutions lorsqu'on est confronté à des problèmes. On essaye d'aboutir à un contra entre partie. « *Le modèle linéaire consistant à décider des politiques au sommet doit être remplacé par un cercle vertueux basé sur l'interaction, les réseaux, sur la participation à tous les niveaux pour définir des politiques et les mettre en œuvre.* »

Section 05 *LA METHODE DIALECTIQUE ****

§1. La pensée dialectique :

C'est une ancienne et actuelle philosophie qui associe de grands auteurs : Aristote et Hegel. Le tao, relevant de la culture asiatique, est aussi dialectique. La dialectique est convaincue qu'entre les éléments que l'on distingue d'habitude

pour s'orienter dans le monde, il y a des liens forts. Il y a de l'un dans l'autre. L'un ne va pas sans l'autre. Les éléments opposés ont partie liée. Les éléments s'enroulent, s'impliquent, se conditionnent mutuellement. Là ou la pensée classique distingue et exclut, la dialectique ne voit aucune identité absolue et les différences ne sont pas radicales. Ces uns et autres sont les polarité les plus fondamentales : la pensée et le réel, la vie et la mort, l'objet et le sujet, le fait et le droit, le droit naturel et la droit positif, le masculin et le féminin. La dialectique considère que les identités sont plurielles, hybrides (Ricœur). Les polarités existent bel et bien, et interagissent en devenir, se transforment mutuellement, produisent des propriétés émergeantes. Le masculin et le féminin font émerger l'enfant.

§2. Une alternative à la loi de « bipolarité des erreurs »

Cette pensée veut s'opposer à la loi des bipolarités des erreurs de Gaston Bachelard : quand on est dans une erreur, trop souvent on change au profit d'une erreur opposée. Des ultra marxistes deviennent ultralibéraux du jour au lendemain ! La pensée dialectique refuse l'embrigadement sous une de ces bannières opposées en -*isme* (monisme, pluralisme, ...). Le pluralisme ne réside ni dans les extrêmes ni un bête et juste milieu entre deux thèses. C'est plus complexe. La pensée n'est ni en A ni en E, ni en C, le juste milieu ne prend aucun risque.

Cette pensée consiste en une tension, un va et vient constant entre le B et le D. la dialectique pense qu'il y a du vrai dans chacun des deux positions antagonistes, que chacun des deux ente de décrire la réalité à sa manière, mais que chacune des deux est réductrice.

Cette dialectique se reconnaît de trois façon : la préposition « entre » (« raisonnement juridique : entre répétition et invention), c'est également interdisciplinaire, pluraliste (déployer une pluralité de réponse : plusieurs sens s'attachent à une sens) et enfin le gradualisme : parmi la pluralité de critères de validité, on peut établir un certain ordre de probabilité.

Chapitre III. Le raisonnement juridique : entre répétition et invention. (385-447)

Section 01 *DIRE LE SENS DE LA LOI : MONOPOLE OU COOPERATION ?*

§1. Modèle

Dire la loi n'est pas un monopole du juge. Dire le sens de la loi n'a jamais été un monopole du législateur, mais ce n'est pas pour autant que l'interprétation est tellement grande que c'est le juge qui doit interpréter la loi. L'interprétation est le fruit d'une coopération. Au 19ème siècle, le droit est d'origine étatique et prend la forme centrale de la loi. Raisonner en droit consiste à appliquer les textes aux cas particulier. Ce n'est qu'exceptionnel et pathologique qu'il faille interpréter. Elle n'intervient que dans certains cas. L'interprétation est inhérente à la communication humaine !

Dans le modèle classique, cette interprétation consiste de façon déclarative et non constitutive à dire, découvrir la volonté du législateur. Interpréter c'est mettre la main sur le trésor derrière le mur. On déclare la volonté du législateur ! Le seul travail de l'interprétateur est de trouver cette volonté, il ne crée rien dans le modèle classique ; Cette intention du législateur (544 du C. civil ?) est une donnée homogène, stable dans le temps, claire, identifiable, que l'on peut découvrir à l'aide des mots du texte, peut être, en cas de difficulté à l'aide des travaux préparatoires où la personne à dit ce qu'il voulait dire ! On croit donc pouvoir identifier une volonté du législateur qui donne accès au sens stable et canonique de la loi. Un indice de cette conception, prégnante est trouvé dans l'exemple des lois interprétatives : c'est une loi que le législateur adopte au T2 pour préciser ce qu'il a voulu dire au T1, antérieur. On considère que la loi interprétative est entièrement rétroactive : on explique qu'on n'ajoute rien. Or, si le législateur st obligé de revenir en arrière, c'est justement parce qu'on ne comprend pas le sens clair du début. Ce qui est vrai pour la loi interprétative est vrai pour toute interprétation !

La pensée politique moderne trouve une influence forte chez Hobbes : on y retrouve l'idée de la souveraineté du législateur/Léviathan. Il y a séparation des trois pouvoirs mais primauté du pouvoir législatif. La source de tout pouvoir se concentrant dans les mains des législateurs qui exprime dans la loi ses volontés à des sujets tenus de lui obéir. « La loi est le signe clair de la volonté du souverain (Hobbes) ». Hobbes sait bien que le législateur ne peut tout juger lui-même, et qu'il y a des cas difficile ou il faut interpréter. Le Léviathan délègue sa fonction de

juger qui est alors rendue en son nom, mais en cas de difficulté persistance, c'est le législateur auteur de la loi auquel il faut se référer en dernier ressort. Le souverain est source de toute justice. Le souverain est-il arbitraire ? Accepte-t-on le caprice du prince ? Le législateur est rationnel ! Sa volonté est l'expression de la volonté politique. Il y a une équivalence entre raison, volonté du législateur et de la nation. C'est là le carrefour entre la philosophie du droit et de la philosophie des pouvoirs.

§2. Des conséquences très pratiques s'en déduisent :

A. INSTITUTION DU REFERE LEGISLATIF :

C'est l'obligation faite au juge, en cas de difficulté persistance d'interprétation, d'en appeler à l'auteur du texte lui même pour qu'il tranche ! C'est une solution attentive que l'on trouve sous Louis XIV en 1667 dans la « grande ordonnance de la justice ». En cas de difficulté, il faut en référer à l'auteur même du texte. C'est ce qu'on appelle *l'interprétation authentique*. La révolution reprend cela à son compte, et on retrouve les mêmes principes dans le code de Frédéric II de Prusse. Le mécanisme du référé législatif est aboli en Belgique en 1865 ! Ensuite le relais est pris par une cour de cassation qui aligne les interprétations ! On met à présent en place un système répressif : on *casse* ce qui n'est pas dans la lignée de la volonté du législateur.

B. SYLLOGISME JUDICIAIRE :

Il s'applique à tous les jugements et pas seulement aux cas difficiles : la loi représente la majeure du raisonnement juridique, de façon générale et abstraite. Le cas que l'administration doit trancher représente la mineure du raisonnement et la conclusion est une déduction qui consiste à appliquer la majeure à la mineur. C'est une inférence simplement mécanique, mais c'est là ultra simplifié.

§3. Critique de ce modèle :

Dans ce modèle on part de l'idée qu'il y a un texte de loi d'ou découle directement la norme applicable. C'est simple, transparent, linéaire. Or, on retrouve le modèle du prisme : il y a diffraction de telle sorte que du texte sorte un sens 1, 2, 3 ...

Une autre façon d'expliquer cette norme est le mécanismes de la boite noire : il y a d'autres input dans la boite : outre le texte, il y a les faits concrets de la cause, de la vie réelle, et els exigences de l'équité, d'égalité et de la raison, de sorte que l'opération de juger est infiniment plus complexe que l'inférence simple !

L'acte de juger est donc toujours un saut, un gap dans l'inconnu.

On ne juge que ce qui est controversé, discutable ! On ne juge pas que le soleil se lève à l'est et se couche à l'ouest : on l'affirme, le constate, ... On ne décide que sur fond d'indécidable, dans la zone grise, controversée, ... C'est pourquoi la fonction de juger est confiée à des personnes qui ont la formation (juristes), à des *prudentes*, des sages. La *phronésis* (raison pratique) implique qu'il n'y ait pas de certitude, mais de l'indécidable. On ne doit pas faire preuve d'une logique d'ordinateur !

Imaginons un arrêté communal à propos de la gare du nord à midi : les chiens sont interdits sur les perrons de la gare. Si on applique le modèle classique, c'est clair. On n'a rien que les chiens et tous les chiens. Imaginons que le cirque XYZ vienne à Bruxelles et que le dompteur aille à la mer avec son ours ? Est-ce que ca entre dans le champ d'application des textes ? Et qui d'un chien d'aveugle ? Et quid d'un chien policier renifleur de drogue ?

Umberto Eco, philosophe du langage, propose qu'on a besoin plus d'encyclopédies que de dictionnaires. Ce dernier renvoie au sens unilatéral des mots, alors que l'encyclopédie renvoie à toute une culture, à toutes les significations d'un mot, d'une idée. On apprend ainsi à chercher le sens de la loi. Dans l'exemple précité, on cherche à préserver les voyageurs des dangers représentés par les chiens dans les wagons de chemin de fer. Un ours est au moins aussi dangereux qu'un chien, et il faut donc interdire l'ours au même titre que le chien. Par contre le chien d'aveugle ne représente aucun risque et est même utile : il faut donc lui réserver une bonne place ! En droit on est dans une logique argumentative bien plus qu'explicative. Rechercher la *ration legis* est essentiel !

La théorie classique de *recherche de volonté du législateur* était basée sur la recherche d'un sens clair unique, attesté par le dictionnaire, est une méthode aussi impraticable qu'aussi inopportune. Elle est irréaliste et pas la bienvenue :

- Irréaliste : il n'y a pas qu'un seul législateur, les lois sont adoptées par des sénateurs, des députés qui ne comprennent pas tous ou veulent la même chose, n'ont pas pensé aux difficultés qui se présentent aujourd'hui
- Inopportune : dans les domaines politiques, moraux, juridiques, il n'y a pas de logique binaire algébrique. On est dans une logique argumentative où l'économie des débats de fonds n'est pas faite.

Le texte est donc un point de départ d'interprétation. La recherche de l'intention de l'auteur est légitimée comme point de départ, même si tous n'ont pas compris ou voulu la même chose ou que l'emploi des mots n'était pas adéquat, à condition

de reconnaître la part du lecteur qui interprète le texte.

G. Timsit : « *le sens de la loi est prédéterminé par le législateur. Ensuite, il est codéterminé par le juge et enfin, il est surdéterminé par les valeurs et principes, idées de droit, prévalant dans une communauté* », celle des juriste, des Belges, des Européens. Les juges sont membres d'une communauté et ont donc des influences qui permettent de rendre prévisible la *codétermination*.

Il faut alors réorienter la théorie classique. Il faut prendre au sérieux la volonté du législateur et le texte de la loi tout en prenant en compte la part spécifique de l'interprète. Il faut cependant éviter la loi de la bipolarité des erreurs, toujours fréquente ! Passer d'un extrême à l'autre est à éviter. Si on abandonne l'idée classique du monopole du législateur qui détermine, seul, toute la loi, le danger est d'éviter le monopole du juge que nous retrouvons dans la doctrine sous la forme« *le texte par lui-même n'a pas de sens* », c'est le lecteur qui donne ce sens au texte. L'interprétation est uniquement une volonté et non une connaissance dans cette nouvelle forme d'erreur. Il ne faut pas laisser à la discrétion du juge, comme s'il n'était pas limité par des connaissances, des faits objectifs.
Le sens de la loi est le résultat de la conversation dialectique entre plusieurs acteurs : le législateur, le juge, les avocats, la presse, la doctrine.

Section 02 *THEORIE DIALECTIQUE DE L'INTERPRETATION :*

§1. Mais qu'est-ce qu'interpréter la loi ?

Définition positiviste classique : interpréter une loi, c'est élucider son sens à l'aide de sa formule pour autant que ce sens soit obscur et pour autant qu'on ne doive pas combler une lacune ou résoudre une antinomie. C'est une conception restrictive de l'interprétation, qui devait se limiter à un raté de la communication.

Le sens obscur : c'est une aberration : pour décider qu'un texte obscur, il faut déjà l'avoir interprété et dès lors on interprète dans tous les cas. Mais certaines interprétations sont si convenues, consensuelles qu'elles paraissent claires. On pourrait être tenté de ne pas interpréter un texte clair, mais pourtant c'est la vérité !!

Limiter l'interprétation et ne pas étendre aux antinomie : le raisonnement interprétatif est bien plus que comprendre le sens des mots de la loi. Cette

démarche commence par la sélection et le montage des faits pertinents de la cause, au regard du texte virtuellement applicable et au vu du but à atteindre (ex : la position de l'avocat). Cette position, cette démarche est juridique puisqu'elle se fait au regard des textes juridiques ! A lieu une position d'*ajustement* des faits et du droit, des faits et de l'hypothèse légale qui débouche sur la qualification (« *vous parlez de vente à tempérament* », « *révocation d'un testament pour ingratitude* »). Interpréter les textes nécessite de passer en revue au cas l'ensemble du droit applicable et débouche sur une conclusion d'application d'un certain article (« l'article 719 du C. civ. est applicable »).

Mais ***une lacune ou un surplus de droit*** peuvent survenir. Pour identifier et résoudre ce problème, il faut interpréter : c'est par une interprétation restrictive du droit en vigueur qu'on considère une lacune ou, inversement, par l'extension du champ d'application d'une loi qu'on parvient à un recouvrement. Si on interprète par analogie, largement, alors la lacune disparaît. Mais si on interprète de façon plus restrictive au moins une des deux règles ; alors le recouvrement disparaît. A cet égard, le droit est muni d'un arsenal de règles comme la généralité du principe, la restrictivité des exceptions.

Ensuite, le juge doit ***motiver*** son jugement. Il ne s'agit pas d'invoquer une preuve par 9 en arithmétique, ce n'est pas un *cqfd* géométrique : en droit, il n'y a pas de vérité absolue ! Le juge est réduit à argumenter, à justifier le pari qu'il a fait sur le sens de la norme.

En conclusion, l'interprétation se définit comme l'ensemble des opérations intellectuelles nécessaires pour résoudre une question de droit à l'aide de textes juridiques qui font autorité. Le législateur qui a adopté les textes juridiques et le juge qui interprète ceux-ci doivent collaborer !

En ***philosophie du droit***, on se demande si on ne sort pas de l'interprétation : il n'y a pas de point de vue extérieur à l'interprétation. Il est impossible de la valider de l'extérieur. Le texte est un *prétexte,* c'est-à-dire, non pas un alibi ou un paravent mais un avant texte, un tremplin, une base de départ pour le juge. Dans la culture Talmudique, culture interprétative par excellence, un jour des rabbins parlent d'un texte sans se mettre d'accord. Un des rabbins invoque alors Yahvé. Yahvé se manifeste par des tremblements. Mais un des rabbins répond que la Bible est sur terre et non plus dans els cieux : Yahvé rit de la subtilité de ses disciples.

§2. L'étymologie (histoire des mots) :

Dans les sciences humaines et sociales, nous n'avons que les mots pour penser. Les laborantins, les chemises blanches ont un appareillage. Il nous faut alors respecter les mots ! Des traductions sont parfois utiles pour comprendre les mots !

C'est ainsi qu'interprétation vient de *inter-pretari* : entre – échange : dans la langue latine, l'*interpres* est le courtier, le chargé d'affaire, l'intermédiaire commercial puis a évolué au profit du crieur public, du devin, de l'augure, l'oracle (entre les dieux et els hommes), puis le traducteur et enfin l'interprète. Ce dernier est celui qui fait circuler la parole. Dans la langue grecque, on retrouve l'hermeneia (herméneutique aujourd'hui) : Hermès est le médiateur, le messager des Dieux.

L'interprétation est l'interface entre différents objets mis en rapport : il y a médiation entre auteur et le lecteur (Code Napoléon Portalis – juge – client) , médiateur entre la langue savante ou étrangère et la langue usuelle (Français de 1804 et Français de 2012), médiation entre le passé et le présent : il y a un gap, un fossé entre les notions (hardes du débiteurs), médiation entre la subjectvité de l'intention et l'objectivité des mots utilisés. Si le rédacteur n'est pas juriste, on peut dire le contraire de ce qu'on veut dire ; médiation entre une formule abstraite et la particularité du cas pratique. (1382 du C. civil particulièrement abstrait et cas particulier dont le juge est saisi) ; médiation entre la partie et le tout (interpréter l'article 1382 du Civil nécessite de ne pas ignorer tous les autres articles du code civil) ; Il y a encore une médiation entre le sens premier et le sens second (entre la lettre et l'esprit). De cette conception de médiation dépend tout le reste : se dégage de là une théorie dialectique de l'interprétation, qui n'est pas une simple répétition (§3) mais pas une libre invention non plus (§4).

§3. Pas une répétition mécanique : radicalité de l'interprétation

C'est la radicalité de l'interprétation : on n'y échappe pas. L'interprétation n'est jamais un simple décryptage ou décodage linéaire. Ce n'est pas une opération mécanique qu'on peut confier à une machine. .../ ---/... = SOS (Save Our Souls), c'est un mécanique. Les italiens disent que les traducteurs sont des traîtres. Mais il peut y avoir une plus value dans l'opération de traduction, car on actualise le sens, car on l'offre à une nouvelle culture, car on peut enrichir le texte en le reformulant. Il y a un risque inhérent à tout saut dans l'inconnu. Mais pourquoi l'interprétation est-elle inévitable, radicale, nécessaire ? Cela tient à la

nécessite du langage naturel dans laquelle le législateur s'exprime. Le langage naturel présente deux caractéristiques qui rendent l'interprétation nécessaire :

A. LA DEFINITION EN COMPREHENSION :

Lorsqu'on veut donner une définition à un mot, on se heurte à une polysémie au moins virtuelle de la plupart des mots du langage usuel. Le mot canon a un sens obvi : pièce d'artillerie qui lance des obus, mais c'est aussi le droit de l'Eglise catholique romaine ou le loyer d'un bail emphytéotique mais c'est aussi le chant en canon ou dans le langage familier, c'est un modèle. Il y a des connotations dormantes qu'on peut actualiser dans certains contextes !

B. LA DEFINITION EN EXTENSION :

On sait ce que le mot veut dire, mais il y a un doute sur la quantité de choses qui rentrent dans la définition. Il y a un noyau central de sens clair entouré par une pénombre de doute ; le droit est rempli de mots qui présentent cette texture ouverte. Un vol commis la nuit est plus gravement sanctionné qu'un vol de jour : la nuit varie selon la saison ... ? urgence : faute grave ; normal : que signifient-ils ? Ils peuvent s'appliquer à une variété infinie de situations.

Exemples : dans un problème de payement d'un parcomètre, le tribunal de police doit décider si un samedi est un jour ouvrable. Pour des dispositions fiscales favorables pour les orphelins de pères morts pour la patrie : peut-on être orphelin à 39 ans ? L'orphelin ne doit pas être mineur !

C. CONTEXTES D'INTERPRETATION

Ces sources de discussion peuvent être résolues à l'aide du contexte d'interprétation : dans une académie militaire, on sait ce qu'est un canon. Mais les contextes d'interprétation eux-mêmes sont multiples :

- il y a ***le contexte d'énonciation*** : ex : le code Civil de 1804
- il y a ***le contexte d'application*** : ex : aujourd'hui.

Le mariage est une institution qui a évolué depuis 1804 : le chapitre du code civil peut-il s'appliquer au mariage homosexuel : on n'envisageait pas de tels types de mariage à l'époque : c'est le point de vue du conseil d'état qui se défend fermement. La cour d'arbitrage oppose une interprétation moins flegmatique : on développe une conception contemporaine du mariage. Le mot « presse » qui figure au titre 2 de la Constitution de 1831 : « la presse est libre » s'applique aux produits de l'imprimerie et aux livres à l'époque. Qu'en est-il pour les journalistes radios et de télévision ? Et les réseaux sociaux ? Il faut argumenter ! Il n'y a pas de preuve par 9.

Mais 3 contextes autres entrent en jeu : on a d'abord la loi avec ***3 contextes périphériques*** : ***la sémantique*** : c'est le sens des mots de la loi, qui suppose qu'on ouvre une encyclopédie, sans éviter la texture ouverte ou la polysémie puis ***le contexte syntaxique*** qui s'entend comme les règles de construction du langage utilisé, la grammaire usuelle ou juridique et enfin le contexte pragmatique qui s'entend comme les intérêts et les valeurs affectées, touchées, modifiées par la loi. On ne peut pas échapper à l'action de ces contextes : le sens des mots est influencé par ceux-ci. Le sens de la loi a des répercussions sur ceux-ci également. Mais les théoriciens du langage prête toujours ces 3 dimensions au langage. Dans certains cas, les contextes collaborent, mais dans d'autres ils s'opposent.

Mais si on se rappelle également des contextes d'applications et d'édiction on a jusqu'à 6 contextes différents ! (3x2)

Première conclusion : Le lecteur joue nécessairement un rôle important dans la reconstruction du sens ! Umberto Eco a écrit « *lector in fabula* » pour montrer le rôle actif ou créateur : le lecteur modèle doit y mettre du sien pour faire parler le texte, pour donner un sens utile, positif, opérationnel et juste au texte. L'auteur sait qu'il peut mobiliser la compétence et la bonne foi du lecteur. Un texte à demi-mot, qui ne dit pas tout serait suffisant. Le texte est allusif, rempli de blancs qu'il appartient au lecteur de combler.

Deuxième conclusion : un énoncé juridique est toujours l'interprétation d'autres énoncés juridiques : il y a un enroulement des interprétations. 3 corollaires :

- il n'y a aucun texte absolument premier, fondateur. Ce n'est pas Moïse ni la déclaration des droits de l'homme... On est toujours dans l'intertextualité.
- Il n'y a aucun texte ultime. Une circulaire administrative s'appliquant aux douaniers de Zaventem qui demande d'ouvrir toutes les valises des voyageurs : ce serait la pagaille, ca s'appelle la grève du zèle ! L'autre formule c'est la grève complète (dormir dans sa guérite) ou le délit de facies !
- Entre écrire un texte et appliquer un texte ou écrire et commenter le texte, la différence, certes réelle, n'est pas absolue : la différence entre le travail du législateur qui écrit le texte, l'administration qui l'applique et le professeur qui le commente : le législateur avait déjà du interpréter le droit qui l'entourait ! Le juge interprète certes, mais crée un sens de la norme à un niveau modeste. Cela renvoie dos à dos deux visions réductrices de la fonction du juge : le juge n'est ni la bouche de la loi ni membre d'une république de juge : le juge ne fait pas de la politique, de la sensiblerie mais n'applique pas non plus

mécaniquement la loi.

- Ce qui apparaît être ces deux modèles excessifs, c'est une chaine de juges et une chaîne de textes :

** la chaine de juges nous vient de Ronald Dworkin qui explique que, quand il doit trancher un litige, le juge se met dans une chaine de précédent tout en ne pouvant ignorer ses prédécesseurs ni ses successeurs : le juge participe à un romain qui serait écrit à la chaine. Le premier écrit le premier épisode, un second poursuit l'intrigue de façon crédible, un troisième la continue. Il y a un double impératif : d'un coté il faut respecter une cohérence narrative et répondre à un cas particulier, trancher dans le concret en faisant appel à sa propre personnalité.

** Chaîne de texte (Gérard Genette) ; c'est un théoricien du langage : il dégage 4 figures importantes pour la transtexualité, de la manière dont les textes s'engendrent : il y a l'image du palimpseste (parchemin gratté sur lequel on a réécrit) : les textes se superposent, se répondent.

–Intertextualité : il y a la coprésence de plusieurs sources, dispositions dans un même texte. La doctrine fait aussi de l'intertextualité. On doit appuyer nos analyses sur des références.

–Para textualité : cela fait référence à tous les textes entourant le texte ; illustration, préambule, travaux préparatoires

–Méta textualité : elle s'entend comme un commentaire à un niveau second. En droit, toute la doctrine est un méta texte pour l'interprétation des textes juridiques.

–Hyper textualité : c'est la dérivation, l'engendrement des textes les uns à partir des autres. C'est la quintessence du juridique ! On dérive le texte belge à partir du droit européen, on dérive l'arrêté communal de l'arrêté royal et lui même dérivé de la loi !

§4. Ce n’est pas une libre invention : limites de l’interprétation

Il doit être possible de hiérarchiser les différents sens d'une norme. Tous ceux-ci ne s'équivalent pas ! Umberto Eco consacre un livre aux limites de l'interprétation : il avait été témoin de la bipolarité des erreurs, du fait que le lecteur est seul interprète du texte. Il est toujours possible de se servir d'un alibi pour avancer les thèses des juges, qui se substituent indûment à l'auteur. On peut également parodier un texte, le pasticher, mais là n'est plus une démarche interprétative.

Ce n'est plus de l'herméneutique mais de l'hermétisme : Hermès est également le dieu des voleurs ; l'échange n'est pas toujours bien intentionné, la commerce prend parfois la forme de racket ! L'herméneutique s'est parfois dénaturé en hermétisme. Il a versé dans la gnause, dans une mauvaise interprétation de la thorah (la Caballe) : dans la caballe,on attribue à chaque mot une valeur numérique forteresse pourrait valoir 45 au même titre que cheval : on obtient alors des sens cabalistiques, cryptés, secrets.

Plus sérieusement, cette manière d'interpréter qui donne tous les droits à l'interprète par rapport au texte à l'auteur est aussi dogmatique, intégriste que la thèse complètement opposée selon laquelle un texte ne présenterait qu'un seul sens clair que l'auteur lui a imprimé ! On cherche donc une interprétation créative qui soit de bonne foi ! C'est à dire qu'on désire une interprétation *responsable* : c'est à dire que cette interprétation *répond* du texte et *répond* à l'auteur. Techniquement, il faut alors réfléchir aux limites qui empêchent la dénaturation de l'interprétation : il y a des limites discursives (Eco en a mis 4 en évidence) et des limites juridiques.

A. Limites discursives (Umberto Eco)

1°) Le sens usuel des mots : certains sens sont plus usuels que d'autres, sont statistiquement plus avérés : pour « canon », le mot canon désigne plus l'outil militaire que le droit canon !

2°) Le contexte est une limite importante : on a distingué 6 contextes importants, mais il y a une situation de discours, qui aide à faire le tri entre les sens possibles. Jeu : jeux d'enfants, jeu de casino, ...

3°) La langue comme patrimoine social : on prend en compte la langue non pas comme nomenclature de mots mais comme patrimoine social renvoyant à une encyclopédie. Une langue, ce n'est pas les 2000 du vocabulaire élémentaire mais une culture qui a une histoire et des ramifications. Le patrimoine culturel est partagé par une communauté sociale, qui connaît des sens implicites... L'encyclopédie plus que le lexique nous donne une indication. L'humour joue sur les sens culturels, politiques non-dits, sur les résonnances. Le patrimoine social est source de complexité mais également d'inspiration pour résoudre un problème d'interprétation ou de traduction. Le traducteur doit connaître un minimum de profondeur culturelle. Pour l'Europe Occidentale, la démocratie renvoie à 300 ans d'histoire : c'est le peuple pour le peuple. Mais dans l'Europe de l'Est communiste, le mot démocratie renvoyait presque au contraire : c'était une dictature du prolétariat dans le sens soviétique !

4°) L'*intentio operis* : c'est l'intention de l'œuvre : intention du traité, du code, de la constitution, ... C'est à distinguer de l'intention *auctoris* (de l'auteur) ou de l'intentio *lectoris* (du lecteur). Comment comprendre cette intention ? Cela renvoie au genre d'écriture juridique : il y a du style, de composition, une attente particulière pour faire dire au texte ce qu'on est en droit d'attendre ! Le texte juridique n'est pas là pour le salut, pour faire rire, ... mais pour objectif de guider les comportements sociaux de manière intégrée. Tout doit viser la cohérence du texte ! Eco explique alors que le *bon lecteur, le lecteur modèle* qui travaille *in fabula*, postule que le texte est écrit par un auteur modèle, différent de l'auteur concret, qui est à la hauteur de l'intentio operis, qui satisfait l'objectif. On essaye alors de faire crédit à l'auteur du texte d'avoir voulu signifier quelque chose de juste, d'opératoire,...

B. Limites juridiques

En droit, c'est le postulat de rationalité du législateur qui donne un contenu concret à cette intuition de Umberto Eco, cette intuition de l'auteur modèle. Le législateur serait parfait sous tous les rapports, ce qu'on postule déjà à la source du texte. Le législateur est rationnel sur le plan sémantique, au plan pragmatique, sur le plan juridique, sous l'angle des effets sociaux attendus de la loi.

Quant aux limites juridiques, on réduit le champ des possibles : il y a des limites constitutionnelles qui définissent le jeu de rôle qui s'établit entre le législateur et le juge : il y a séparation des pouvoirs et donc une large autonomie des pouvoirs les uns par rapport aux autres. Elle s'entend d'une certaine subordination du juge par rapport au législateur. On juge en application du droit vigueur. Le juge a un grand pouvoir discrétionnaire mais il n'est pas arbitraire.

Première limite. S'en déduisent des règles de droit concrètes : à l'article 6 du code judiciaire, on retrouve l'interdiction des arrêts de règlement, qui prenaient place sous l'ancien régime. Cela rappelle le principe de relativité de la chose jugée. Le juge ne peut pas se prendre pour un législateur et prétendre adopter une norme générale ; S'il est vrai qu'il y a relativité de la chose jugée, on doit admettre que la motivation de la décision repose sur une règle qui est générale et universalisable, sans pour autant que cette règle soit légale. En ce sens, la jurisprudence est source de droits. L'article 237 du CP punit le juge qui s'immiscerait dans le pouvoir législatif. Mais on doit rappeler un ensemble de principes relatifs à la fonction de juger qui ont pour effet de l'orienter, de la discipliner, d'éviter les jurisprudences curieuses.

Deuxième limite. On retrouve le caractère hiérarchisé de la fonction judiciaire : il y a une pyramide dans les juridictions. Un juge doit gravir les échelons de la carrière judiciaire. L'idée d'une Cassation qui casse les décisions hétérodoxes laissent entendre qu'il y a une discipline intérieure, qui laisse place à une vision du monde partagée. Très vite, on apprend alors à traiter un dossier. Cela ne favorise pas la création, l'originalité.

Troisième limite. L'article 149 de la Constitution oblige le juge à motiver sa décision : cette motivation doit être juridique. Il faut viser une règle de droit. Cela a pour conséquence de raréfier les solutions possibles. On rapproche alors les décisions de l'article 5 du code judiciaire : cet disposition interdit le déni de justice : refuser de juger sous quelque prétexte que ce soit, par exemple de tirer argument de l'obscurité, de l'insuffisance, du silence de la loi. Il y a donc un paradoxe entre ces deux dispositions, mais qu'on peut surmonter en passant à un niveau supérieur grâce au PRL : on doit présupposer que malgré la première lecteur, le texte est porteur de sens, juste, opérationnel, raisonnable. Lorsqu'il y a un problème avec la loi, on doit faire comme si le texte a été écrit par auteur idéal.

Quatrième limite juridique. Celle-ci tient du lexique juridique, qui concerne beaucoup de mots de la loi à interpréter. Beaucoup sont des mots de la langue française mais aussi de la langue juridique. Ces mots reçoivent un sens savant, particulier dans ce lexique juridique. Un poète peut parler du mariage du soleil et de la lune. Mais sous la plume d'un avocat, d'un juge, ce terme fait référence aux dispositions du code pénal y référant. Un juriste n'emploie pas un terme par hasard ! Cela canalise les textes de loi dans un sens extrêmement contraignant.

Cinquième limite : elles tiennent aux conditions particulières de l'équité en droit. Le juge est-il capable d'équité ? C'est la justice dans les cas particuliers. C'est la justice du cas particulier. Quelle est la place du bon cœur, de la bienveillance ? Il faut parvenir à reformuler une règle généralisable, mais qui ne soit pas à la tête du client. Au contraire, il vaut construire des exceptions qui affinent les règles générales. L'équité est un facteur d'ouverture du droit, mais il n'est pas facile de construire une exception généralisable.

§5. Conclusions

En conclusion, si on a en tête tout ceci, l'interprétation doit être comprise comme la troisième voix entre l'improvisation et tous ces limites. On a pu dire que l'interprétation ne consistait pas à reformer les pièces du puzzle comme sur l'emballage, sans donner une boite de pastel pour dessiner n'importe quoi.

Gadamer, auteur – contemporain - de « *Vérité et Méthode* », dans lequel il explique que ce sont les juristes et les théologiens qui savent ce qu'est interpréter un texte, a décrit le cercle herméneutique qui s'établit entre le texte et le lecteur interprète/juge de l'autre. Le premier mouvement est celui qui va du texte vers l'interprète qui prédétermine la place du texte. De ce point de vue là, l'interprète ne choisit pas sa perspective, son angle d'attaque. Sa place est prédéterminée, préfigurée. C'est la précompréhension : le texte diffuse une précompréhension que le bon lecteur n'est pas libre de choisir. « *La précompréhension est une adhésion* » : « on joue le jeu », on accepte de rentrer dans la perspective du bon juge, on accepte de rentrer dans la perspective adéquate. On reconnaît un élément de contrainte, de limite. Mais, heureusement les choses n'en restent pas là : le deuxième moment confère un rôle beaucoup plus actif à l'interprète : c'est l'application : le texte cesse d'être général et devient particulier dans son application au cas concret, prenant en compte le contexte changeant. Le cercle est alors dépassé : on ne tourne pas en rond, mais sous la forme d'une spirale.

Cette méthode d'interprétation des juristes qui parcoure les deux moments de ce cercle se développe dans le cadre d'une tradition pour Gadamer : la tradition est un héritage qui nous porte, nous rend créatif et non uniquement des vieilleries fossilisées : c'est la racine du futur ! Ce travail doit avoir lieu dans une communauté interprétative : le texte s'écrit à plusieurs mains dans un réseau où les juges sont des écrivains à la chaîne. Il y a un esprit de corps également.

Gadamer a eu le courage de préciser cette précompréhension : pour lui, le contenu de ce présupposé, c'est l'anticipation de la perfection : nous devons présupposer que l'auteur du texte était parfait sous tous les rapports « l'auteur exprime une pensée cohérente, respecte le sens usuel des mots et ne cherche pas à nous tromper ». Il apparaît alors le caractère idéaliste et contre-factuel de ce postulat ! Pour être un bon juge classique, d'un point de vue interne, il faudrait raisonner ainsi.

Section 03 *RECHERCHE D'UN MODELE QUASI NORMATIF D'INTERPRETATION :*

Ce modèle se base sur deux éléments : les trois contextes d'interprétations (sémantique, pragmatique syntaxique) et l'idée de préinterprétation, *d'intentio operis*. Si on rapproche ces deux éléments ont a le modèle d'interprétation : on postule la rationalité du législateur à ces trois niveaux. Cela permet de préciser le postulat de rationalité du législateur : ce dernier est révélateur du point de vue

interne du praticien lambda, du juge moyen. Ce n'est pas une catégorie critique de science du droit. D'un point de vue externe, on devrait faire l'hypothèse de la relative rationalité des auteurs des textes : on parle d'hypothèse et non de postulat, de dogme ; on parle à présent de relative rationalité pour faire crédit à l'autre qui ne serait pas fou ; enfin il n'y a pas qu'un législateur.

Dans le droit de 2012, droit en réseau, ce postulat a pris des coups : il y a un contrôle de constitutionnalité des lois qui se traduit parfois par une annulation des lois qui force le législateur à revoir sa copie ; de plus on a des commissions de suivi de la législation, pour vérifier sa mise en œuvre : cela traduit une méfiance vis à vis du législateur. Le postulat est qu'on monte de cran : le législateur perd de sa super et la rationalité est envisagée au niveau des Etats, ...

§1. Trois contextes d'interprétation et mis en rapport avec les doctrines depuis 1804 relatives à la question de l'interprétation.

Tous les contextes contribuent à orienter le sens de la loi. Le contexte n°2 est spécifiquement juridique car permet de prendre en compte les influences sur le sens des mots mais se projetant en aval sur le contexte n°3.

L'histoire de la pensée juridique est intéressante à ce sujet : il y a un constat : depuis 2 siècles, la pensée juridique a subi un mouvement centrifuge, passant des contextes 1 à 2 et ensuite à 3. Au XIXèS, la pensée juridique est exégétique (contexte n°1), au tournant du XXèS, elle se fait volontiers systémique (n°2) et à partir des années 20 et 30 elle devient fonctionnaliste (n°3). Chacune de ces écoles recèle une part de vérité.

1804 : la France, la Pologne, la Hollande, l'Italie reçoivent le code civil français auquel un prestige certain s'attache. Les juges et la doctrine ont été impressionné et ne se sont pas autorisé beaucoup de libertés au cours du XIXèS : on cherche la volonté du législateur Portalis à l'aide de la formule du texte. On ne va pas chercher ailleurs. Un grand représentant de l'exégèse belge est François Laurent qui disait « *On ne doit jamais séparer l'esprit de la loi de son texte. Le texte est le véritable esprit de la loi telle que le législateur l'a formulée* ». Cet auteur a tout de même écrit un commentaire en 33 tomes de ce code civil, ce qui prouve empiriquement la fausseté de l'impossibilité de cette école. En sociologie du droit, le XIX est un siècle bourgeois qui impose la loi de la propriété, ... Il y a donc peu de remise en question des valeurs.

Au XXè Siècle, il y a des grèves, des mouvements syndicaux de sorte qu'on met en place de la protection sociale. Le code a un siècle, mais n'a pas démérité même s'il est concurrencé par des lois périphériques. La doctrine fait sa remise à jour en passant à une autre méthode qui vise à prendre en compte le système juridique dans son entier ce qui accorde plus de pouvoir au juge. C'est le juge qui fait parler le système tout entier. Paul Leclerc, dans des conclusions avant cassation, disait que « *le texte n'enchaine pas l'interprète, mais uniquement l'ouvrier imprimeur et le premier ne doit pas être confondu avec le second* ».

A partir des années 1920, on a des écoles de pensée d'inspiration sociologique. La méthode devient alors *sociocentrique* au lieu de *nomocentrique*. En Allemagne, on a vu éclore la jurisprudence des intérêts qui s'oppose la jurisprudence des concepts. D'une part, le juge doit prendre ses distances par rapport aux concepts, à l'exégèse et affirmer la défense de l'intérêt social. Le juge devrait agir comme le législateur. Aux USA, on trouve le mouvement autoproclamé réaliste : « Les seules lois qui existent, c'est le droit appliqué par les juges ». Ce qui compte, c'est le droit en action et pas le droit virtuel de papier. Ce qui compte c'est alors d'étudier la motivation des juges, ce qui permet de prédire la jurisprudence. En France, François Gény a parlé de méthode de la libre recherche scientifique : tant qu'il y a une loi, le juge doit l'appliquer, mais si la loi est obscure, insuffisante ... le juge a alors les mains libres et ne doit pas faire semblant que le législateur est rationnel : le juge doit rechercher scientifique alors la meilleur réponse juridique au problème posé. Henri de Page, principal auteur de doctrine du XXè S, a des thèses quasi révolutionnaires qui se trouvent à la frontière du contexte n°3 : il engage le juge à adopter la méthode de l'*induction sociale :* il ne s'agit plus d'une déduction légale générale mais d'une induction sociale particulière vers le général. De Page illustre cette méthode « Il faut traiter la loi comme une chose et non comme une volonté divine ou humaine ». Le PRL s'écroule alors ! La loi n'est plus un fait social ! « *La solution ne doit pas être cherché dans le droit, mais à l'entour du droit, dans des sphères plus larges et plus profondes* ».

L'histoire des doctrines juridique révèle un mouvement centrifuge, mais dans la réalité, la pratique des juges n'a jamais cessé de faire application des 3 contextes à des degrés divers. Le juge n'ignore aucun des sens ! La solution est un compromis négocié entre ces 3 dimensions.

§2. Interprétation fondatrice et interprétation effectuante :

A. INTERPRETATION FONDATRICE

L'interprétation fondatrice est la « préinterprétation » de Gadamer, l'*intentio operis* de Umberto Eco. C'est le projet de sens fondamental que l'on veut satisfaire, rencontrer. C'est une attente de sens, qui devient l'objectif de l'interprétation.

L'interprétation fondatrice peut être rencontré à différents niveaux : elle peut concerner le droit tout entier (« tout ce qui n'est pas interdit est permis » : idéologie libérale prêtée au droit belge), à une échelle globale. A une échelle méso, une interprétation peut concerner une branche de droit en particulier : les droits pénal et fiscal sont des *lex odiosa*, sont des contraintes potentielles sur les justiciables et doivent donc s'interpréter de façon restrictive. Ponction fiscale, restriction de liberté sont des contraintes ! A un niveau micro, on la retrouve sur des institutions particulières : privilèges du vendeur, baux commerciaux, …

Ex : Arrêt Golder (CEDH, 21.02.1975) : y apparaît nettement le choc entre deux interprétations fondatrices rivales. Un prisonnier anglais, impliqué dans une bagarre, demande l'accès aux tribunaux répressifs anglais afin de s'expliquer. Mais cette voie lui est barrée car le système anglais prévoit des juridictions internes, disciplinaires dans de tels cas. Golder épuise les recours interne et invoque ensuite l'article 6 de la CEDH. Mais cet article ne prévoit que des garanties de bonne justice, et non l'accès à des juges étatiques.

La cour doit alors trancher entre les deux interprétations possibles de la CEDH. Il y a eu un choc de titan : le juge anglais à la Cour, ex- président de la CJI de la Haye, Fitzmorris, dit que Golder n'a pas droit à un juge étatique. Le droit international public ne laisse pas le juger ajouter des interprétations à des conventions internationales. Fitzmorris dit alors que le « doute profite aux Etats, souverains ». Dans son arrêt fondamental, la cour rejette ce point de vue en donnant une autre interprétation fondatrice : le doute profite aux prévenus, qui a des droits devant être protégés. A quoi cela sert de mettre sur pied le contradictoire, la traduction dans une langue compréhensible si on ne peut pas protéger directement les citoyens. C'est donc l'interprétation extensive et non restrictive de l'article 6 de la CEDH qui s'impose.

Mais le contenu de cette interprétation fondatrice, c'est la rationalité du législateur. On s'attend à ce que le législateur soit rationnel, juste, équitable. On

ne se fatigue pas à garantir des droits annexes (publicité, contradictoire) si on ne veut pas garantir d'abord un droit principal. Penser le contraire, c'est supposer que le législateur est incohérent. Il faut donner un sens cohérent : même si les travaux préparatoires de la CEDH ne prévoit aucun accès généralisé à un tribunal.

Il y a des indices indirects de l'interprétation fondatrice :

- directive selon laquelle on n'interprète pas un texte clair : c'est logiquement absurde, car pour que le texte soit clair, il faut déjà avoir interprété. Mais cette directive est une action implicite de l'interprétation effectuante. C'est parce que les juges acceptent comme un postulat non discuté entre eux, consensuel, que le législateur ne peut pas s'être trompé, que le texte leur paraît clair. C'est effectivement une idée généralement partagée qui fait qu'ils ont une certaine lecture du texte. Mais si on partait d'un autre postulat, le texte ne serait plus clair du tout
- en cas de doute de la constitutionnalité d'une loi, on préfère une interprétation constitutionnellement conforme, on préfère lire de façon bienveillante, favorable même si on sait bien qu'empiriquement a fait une erreur.
- Pourquoi en cas de lacune, d'antinomie, le juge est-il un bon élève ? Pourquoi collabore-t-il en comblant la lacune, résolvant l'antinomie ? Parce qu'il part du postulat favorable.

B. Interpretation effectuante

L'interprétation effectuante est seulement la mise en œuvre pratique de l'interprétation fondatrice. C'est l'adoption de directives concrètes d'interprétation qui satisfont à une attente de sens. On passe à un plan opérationnel, on met en place des méthodes d'interprétation. L'interprétation effectuante se déploie aux 3 dimensions du langage, aux 3 contextes :

1) Champ sémantique ou lexical :

Il donne naissance à des directives d'interprétation, qui relève du sens des mots tel celui du dictionnaire « Mêmes mots, mêmes significations. Mots différents, sens différents ». Si on utilise des mots proches mais différents, c'est que le législateur a voulu signifier quelque chose de différent, avec une nuance. Le législateur n'a pas une volonté esthétique, poétique mais pratique. Une virgule peut changer le sens d'un texte : la ponctuation mérite toute attention. Les titres et chapitre portent du sens : « *protection de la jeunesse* » : la loi est favorable à la jeunesse, ce n'est pas la « *répression de la jeunesse* ».

2) Niveau syntaxique :

Cela relève de la construction grammaticale et juridique du texte : il faut

interpréter les lois de moyens aux regards des fins poursuivies : il faut adapter les moyens aux les finalités. On essaye d'éviter les redondances, les répétitions : il faut donner un sens utile à deux lois, même si elles se ressemblent. Un bon législateur n'oblige pas à une chose et son contraire. Il faut voir ce que le législateur veut : la loi la plus récente l'emporte sur la plus ancienne ; la norme supérieure l'emporte sur la norme inférieure (loi > AR) ; *lex specialis generalis derogat* : la loi spéciale déroge à la loi générale : une loi interdit l'augmentation des prix des marchandises ; mais une autre impose après une augmentation sur le prix des médicaments.

3) *Contexte pragmatique, social, sociétaire, celui des intérêts et valeurs en jeu : quels intérêts sociaux sont en jeux ?*

Sur le plan des faits, des connaissances : le législateur est une collectivité de bon sens mais également quelqu'un de compétent. On ne peut pas prêter au législateur une volonté impossible « à l'impossible, nul n'est tenu ». Le bon législateur est supposé respecter la justice formelle : à situation égale, traitement égal, sous peine de discrimination ou de privilèges. Le bon législateur en discrimine ni ne privilégie. A situation différente, traitement différencié : c'est un corolaire.

Le législateur est-il socialiste ou libéral ? Le législateur est-il de gauche ou de droite ? Machiste ou féministe ? Le juge essaye de comprendre le contenu idéologique du système juridique de façon cohérente dans le temps et dans l'espace. C'est loin d'être simple. Le législateur est solidaire en 1804... Le bon juge doit interpréter les textes dans un sens de compromis propre aux sociaux démocrates actuels. Les textes de 1804 doivent être éclairés au sens des valeurs actuelles, même si les juges ne sont pas toujours avant-gardistes.

C. Remarques conclusives :

1) *Rencontre négative*

La rationalité du législateur est plus souvent rencontrée de façon négative que positive. La forme positive est l'argument d'autorité : j'interprète ainsi, car le législateur est juste. C'est une interprétation exceptionnelle. Mais les juges utilisent plus souvent l'argument par l'absurde, comme étant une objection contre la thèse rejetée : « *Penser que monsieur Golder n'aurait pas accès aux tribunaux, serait rendre inutile tout l'article 6 de la CEDH : or, une telle supposition est absurde parce qu'elle amènerait à penser que le législateur travaille pour rien, serait inutile.* »

Les juges travaillent à l'économie, sont partiellement paresseux, ne veulent pas en dire de trop, qui pourrait servir d'argument à être réformé ou cassé. Les

jurisprudences passent rarement en revue les trois contextes d'interprétation et encore moins dans l'ordre. Il y a un refoulement généralisé de la démarche interprétative. Les juges n'aiment pas s'épancher sur le travail qu'ils ont fourni. La réflexivité n'est pas la caractéristique première des juges.

Exemple : litige fiscal : faut il être mineur pour être orphelin ? Un monsieur de 39 ans prétendait tirer profit d'une législation favorable aux enfants de héros de guerre. Mais le fisc conteste car il est adulte ! L'appel de Bruxelles ouvre plusieurs dictionnaires : un orphelin est une personne qui a perdu ses parents, mais on ne précise pas la minorité. Certes, dans « la veuve et l'orphelin », on prévoit le mineur,… mais aucune précision complémentaire. On ouvre alors la législation sociale : dans d'autres législations, le terme orphelin avait un sens s'appliquant aussi bien au mineur qu'au majeur : on met en avant un argument de cohérence logique. Coup de grâce : contexte social, pragmatique, éthique : le législateur a voulu récompenser les enfants dont les parents se sont sacrifiés pour la patrie, et compenser un préjudice identique pour tous ces enfants. En conclusion de ces trois arguments convergents, la cour d'appel de Bruxelles considère que la personne est bel et bien orpheline.

2) *Y a-t-il une hiérarchie entre les directives d'interprétation ? Y a-t-il des métarègles d'interprétation ? Quelles règles suivre si toutes les interprétations ne sont pas convergentes ?*

La directive selon laquelle on ne peut pas interpréter des textes clairs a cette volonté là. L'interprétation cesse dans les cas clairs. Il ne faut pas aller au delà du contexte 1 si il mène à une conclusion évidente ; mais ce critère est clairement contestable. Mais, en pratique, on privilégie le contexte n°2 : le souci principal du juge est la cohérence du système juridique dans son entier, dont il est le gardien. Le juge reconstruit le contexte 1 et 3 avec les lunettes du contexte n°2. Le juge n'est pas linguiste ni sociologue. En cas de *hard case,* lorsqu'il y a des antinomies, le contexte n°2 est privilégie. Mais aujourd'hui, la rationalité linguistique peut, sans trop de difficulté, être sacrifié au profit des deux autres contextes.

3) *Mais quelles sont les fonctions remplies par le postulat de rationalité du législateur ?*

Au plan de la science du droit, la doctrine classique travaille elle aussi avec une présupposition de rationalité de l'auteur des textes. En effet, celle-ci fait partie du paradigme classique. La doctrine est *la carte et la boussole* et donne une orientation, un sens, une signification pour s'orienter sur cette carte. Le postulat

connaît donc une fonction heuristique pour la doctrine. Mais il y a un prix à payer pour ce dogme : cela peut devenir un obstacle épistémologique. On ne se demande jamais si le législateur ne peut pas être irrationnel. On refuse de se remettre en question.

4) *Au plan de la jurisprudence, il y a une triple fonction :*

a) Fonction d'argumentation :

C'est le maitre atout de l'avocat qui plaide en ce sens. Cela prendra la forme positive de l'argument de l'autorité ou négative de la démonstration par l'absurde. Il est particulièrement difficile de prouver le contraire.

b) Fonction de raréfaction des interprétations recevables.

En ce sens, le postulat a un sens conservateur : il assure la cohérence, la stabilité, la prévisibilité du système. On rentre dans une voie d'orthodoxie, d'attente de sens généralisé. Il suffirait d'avoir affaire à un autre postulat pour avoir d'autres interprétations.

c) Fonction fondamentale de légitimation du raisonnement suivi par le juge :

C'est une légitimation qui vise à fonder, asseoir, garantir, mettre hors discussion les conclusions du juge. Juger est un acte risqué, on ne décide que sur fond d'indécidable, on ne juge pas sur ce qui est nécessaire mis uniquement sur des controverses. Le filet de la loi est plein de trous. Or, le juge est dans une position inconfortable car il sera critiqué par les perdants. Le PRL sera alors un maître mot qui en appelle à la raison des lois, qui ne serait jamais garantie. « *Res iudicata pro veritate habetur* » : la chose jugée est tenue pour vraie. Cet adage est critique, ce n'est qu'une présomption ! Le juge, en appelle de façon un peu naïve au PRL pour trouver un filet.

Dans d'autres disciplines et pratiques sociales, rencontre-t-on un postulat du même type ? Y a-t-il un tel postulat de rationalité des acteurs dont on étudie le comportement. En économie politique, on parle des consommateurs et producteurs rationnels : on recherche le meilleur rapport qualité/prix, à maximiser les bénéfices. Nous sommes des *homo économicus.* En Histoire, si on essaie de comprendre les comportements de Napoléon, de Tayllerand, on prend comme postulat la rationalité des acteurs : gagner la bataille, sauver les meubles. *Mais* dans ces autres secteurs, les postulat de rationalité sont des présomptions faibles, non irréfragables, *iuris tantum* : on commence à étudier l'irrationalité des acteurs sociaux ! Le « jeudi noir » s'explique par l'irrationalité des *traders.*

On intègre les anomalies pour amender le postulat. Napoléon n'était plus le grand Napoléon rationnel : il était malade, ne croyait plus en sa bonne étoile, … Or,

dans la doctrine classique, on a une présomption forte, *iuris et de iure*, un postulat de rationalité. Le but de la doctrine n'est pas le même que celui des sciences du droit. On ne cherche pas forcément à mettre le doigt sur la réalité du législateur.

Section 04 *LA BALANCE DES INTERETS : UNE METHODE NOUVELLE*

Nous entrons dans un modèle en réseau qui a des effets sur la méthode du juge. On assiste à une montée en puissance des juges.

§1. Un principe de relativité générale

Nous somme face à un réseau : survient alors de l'incertitude. Quelques éléments pour convaincre de la montée en puissance des juges. Nous ne sommes plus à Montesquieu ou Robespierre qui désiraient supprimer le mot « *jurisprudence* » ; le juge ne serait que la bouche de la loi. Premièrement, aujourd'hui, on confie aux juges des *macrolitiges* : faillite de Sabena, scission de Microsoft, arbitrage dans les élections présidentielles américaines. Ce sont des contentieux de sociétés qui ont une importance majeur, cela dépasse le litige entre Paul et Pierre et comprend des questions éthiques (affaire Péruche,...), dans le silence du législateur.

Deux indices suivants : les juges sont devenus les gardiens vigilants de la pyramide des normes : la cour constitutionnelle existe ! Les juges dessinent la pyramide des normes. Ainsi, dans l'affaire Le Ski, la cour de cassation a redéfini, d'initiative, la pyramide : les normes conventionnelles internationales l'emportent.

Quatrième indice : on reconnaît aujourd'hui la doctrine comme une source de droit : la relativité de la chose jugée ne concerne que les parties en cause. Mais les motifs des décisions peuvent avoir des effets de précédents, au delà des effets entre partie. Et ces motifs peuvent s'appuyer sur des principes généraux de droit.

Cinquième indice, éclairant le premier : la fonction du juge, son rôle social s'élargit : on passe d'un juge arbitre à un juge entraineur ; dans le modèle pyramidal, le juge se comporte comme un arbitre sur un terrain de foot : on applique la loi à des contentieux subjectifs qui opposent des plaideurs : droit de paternité, droit de propriété intellectuelle contre plagiat, ... Mais aujourd'hui, le juge se comporte comme l'entraineur : il veille à maximiser les intérêts sociaux en jeu : il devient le gardien des intérêts de l'enfant (droit de la famille), de la famille, des créanciers, des entreprises en difficulté. Cela se traduira concrètement par le bricolage d'une solution provisoire qui maxime, optimise les intérêts de tous, en réduisant la casse.

<u>Exemple 1 :</u> *En matière de faillite*, le juge se contentait de déclarer la faillite lorsqu'il y a réunion de deux conditions : ébranlement du crédit et cessation du

payement. Le juge essaye à présent de convoquer le gérant, commerçant avant qu'il ne soit trop tard, en prévoyant un plan de redressement : convocation des syndicats, fournisseurs, banquiers,... On essaye d'éviter que le tissu social soit fragilisé. Le juge essaye de retarder la faillite. Exemple 2 : *En matière du droit de la famille*, lorsque le juge est en charge d'une famille en difficulté, le juge ne s'occupe plus tant de la faute et de la sanction mais de l'intérêt des enfants du couple. Tout cela mène à dire que le juge n'est pas seulement légaliste et n'applique pas seulement strictement la loi. Il est met en balance les intérêts et valeurs.

Le juge en référé prend des mesures en opportunité. A Strasbourg, devant la CEDH, on demande au juge une pesée désintérêts : les libertés individuelles et les mesures *nécessaires* en société *démocratique*. C'est du droit souple : nécessaire et démocratique demandent de larges marges d'interprétation. La C. Constitutionnelle : on met en avant l'égalité, à contenu variable.

Quelle leçon tirer de ces contentieux ? Le juge travaille avec peu de textes, généraux et vagues. La CEDH tient en quelques lignes, les notions d'égalité (10,10*bis* de la Constitution sont vagues). Le texte est tellement vague et général qu'on ne fait plus de l'interprétation. On ajoute de la substance normative ! Dans cette tache, le juge est souvent amené à arbitrer entre des valeurs et intérêts concurrents formulés entre des textes de même niveau hiérarchique ; on a souvent affaire à deux libertés concurrentes à Strasbourg. De plus, nous vivons dans des sociétés pluriculturels : on a affaire à des systèmes moraux et religieux concurrents.

Ici, le juge est obligé de comparer, d'ajuster des textes de même niveaux, en prenant ses responsabilités. On n'a plus affaire à autant de sécurité juridique.

	Droit subjectif	*Droit objectif*
-	Abus de droit : le préjudice est disproportionné avec l'objet de la demande.	La loi va devoir passer un test de proportionnalité à priori. On ne valide plus à priori
+	Un simple intérêt peut être protégé par le juge lorsqu'il est gravement menacé. Le juge protège les intérêts légitimes.	Un PGD peut se voir consacré des effets égaux voir supérieurs à une loi.

On a affaire à un principe de relativité généralisée : le juge ne peut plus

simplement interpréter les textes très généraux. On ne peut plus mettre en œuvre uniquement la subsidiarité ou la proportionnalité pour la protection des valeurs et intérêts fondamentaux.

§2. La balance des intérêts

Il y a de nombreux procès à Zaventem par exemple : cela conduit à mettre en œuvre le principe de balance des intérêts. Les questions vont se bousculer dans la tête des juges : quels sont les porteurs d'intérêts ? Qui a voix au chapitre ? Quels riverains ? Dans quel périmètre ? Comment s'assurer que les personnes qu'on a en face de soi sont représentatives de la majorité ? Mais qui inviter en face d'eux ? L'exploitant de l'aéroport ? Les sous-traitants ? Les compagnies aériennes ? Les représentants de l'Etat belge ?

Le juge est-il équipé ? La procédure est-elle aménagée pour réaliser cette pesée des intérêts ? Toutes ces parties prenantes qui ont voix au chapitre, est-ce que cela ne va pas encombrer le » système ?

Comment comparer des intérêts de nature différente ? Comment peser ces intérêts ? Il y a des intérêts patrimoniaux (bénéfices de l'exploitation) et extrapatrimoniaux (le sommeil des riverains), des intérêts publics et privés, ... « Telle ligne est plus longue que telle pierre est plus lourde » On ne sait pas toujours transformer tous les dommages en argent (qui est depuis Marx le moyen d'échange universel) : et est-ce légitime de le faire ?

De plus ces distinctions d'intérêts doit-elle se faire *in concreto* ou *in abstracto* ? Faut-il que l'argent cède à la santé ? Ou que la santé de quelques personnes cède face à l'emploi des personnes travaillant pour l'aéroport ?

On peut également se demander dans le cadre de ce principe si on n'est pas parfois face à des droits tellement fondamentaux qu'on ne peut pas les compenser, les mettre en balance : on ne peut pas mettre la protection de la vie avec quelque autre intérêt !

Il y a ici un chantier pratique et théorique pour affronter ces défis. La pensée juridique contribue à rationnaliser cette pesée des intérêts. Il faut accepter, assumer la diversité et le pluralisme, tout en ne versant pas dans le décisionnisme et le pointillisme. Il ne faut pas mettre de l'ordre et tomber dans une illusion de simplicité. Il faut ordonner le multiple sans tomber à l'unité.

§3. Le principe de proportionnalité :

C'est un principe fondamental de la jurisprudence (cour constitutionnelle...) : la mesure doit être appropriée, c'est-à-dire de savoir si elle est de nature à atteindre le résultat recherché ? On cherche ensuite à savoir si la mesure est nécessaire : parmi toutes les mesures, est-ce la mesure la plus indiquée, qui réduise le plus les dommages ? Ensuite, on cherche à savoir si elle est proportionnelle ? Cette mesure n'entraine-t-elle pas un vrai dommage, une vraie discrimination.

Cette pratique - la jurisprudence - agit de façon intuitive !

Ensuite, une autre piste est de travailler sur la procédure elle-même en vue d'entendre tous les porteurs d'intérêts qui ont quelque chose à dire. Le litige ne concerne pas que Pierre ou Paul. L'objet du litige est plus large que les droits subjectifs en présence, mais il peut créer un précédent, remettre en cause une règle de droit objectif ! On va donc accepter mieux des actions introduites par des associations (Greenpeace, WWF, Amnesty) dites « *actions d'intérêts collectifs* ». Des groupes de particuliers vont se faire les avocats de causes générales ! La vieille doctrine disait qu'on ne parlait que d'intérêts privés (intérêts subjectifs privés en jeu) ou d'intérêts publics, relevant du Parquet, du Ministère Public.

Mais dans un droit en réseau qui accepte sa complexité, on comprend que des associations privées contournent le parquet et demandent une solution face à des problèmes qui ne seraient pas encore dans les consciences collectives.

Aux USA, on retrouve la *class action* : des individus peuvent demander des dommages et intérêts pour l'ensemble anonyme de plaignants, pour autant qu'ils se fassent connaître.

On admet un nouveau personnage à l'audience : *l'amicus curiae* n'existe pas encore en droit belge, mais bien au niveau international (CEDH). Aux USA, *l'amicus curiae* n'est pas un particulier ni une association qui se plaint, ni un expert mandaté par la cours, ni un juge, ni le Ministère public. C'est une sorte d'expert qui demande spontanément de s'adresser au tribunal pour faire part d'observations pertinentes sur un enjeu.

En Afrique du Sud, on avait un litige sur des médicaments génériques permettant de freiner le développement du SIDA, achetés au Brésil et en Inde à moindre prix. Les associations pharmaceutiques se plaignent de ne pas avoir été

consultés et concernés. MSF demande à avoir droit au chapitre en expliquant comment c'est difficile dans les townships. Les sociétés classiques de pharmacopée ont alors retiré leur plainte avant d'être condamné pour demande vexatoire.

Chapitre IV. La validité des normes juridiques

La question de la validité attendue des actes juridiques est véritablement essentielle, à la fois sur le plan théorique et sur le plan pratique. Sur le plan théorique, cette question engage la définition du droit. Pour dire ce qu'est une norme juridique valide, il faut la différencier d'autres normes qui peuvent la précéder mais qui ne sont pas du droit (mais religieuses, ...).

Qu'est-ce qui fait qu'on a bien affaire à des normes juridiques valides ? Cela nous mène à se poser les questions du fondement du droit. Qu'est-ce qui fait qu'une norme est valide ? Est-ce parce qu'elle s'impose par la force, par la contrainte, par la force publique (Hobbes?) ou la validité relève-elle de l'acceptation en conscience, de l'adhésion par les sujets de droit ?

La question est aussi celle du praticien : on doit chercher à avoir des règles juridiques valides, en vigueur ? Le testament n'est-il pas nul ? L'AR a-t-elle été adoptée par le bon auteur ? Telle loi est-elle constitutionnelle ? Conventionnelle ?

La validité est ***la qualité qu'on est en droit d'attendre de la proposition juridique***, comme la vérité est ce qu'on est en droit d'attendre du discours scientifique ? La proposition juridique doit répondre à des conditions, comme les normes scientifiques doivent répondre à d'autres conditions. Se posent donc deux questions à cet égard : on cherche à définir la validité et savoir quels sont ses critères et conditions ?

Définir la validité n'est pas simple : on a pu dire qu'une norme valide est une norme qui *existe*, qui est *obligatoire*, qui serait *juridique*, ou même *positive.*

La question des critères de validité reçoit des réponses différentes : pour les uns le critère est celui de l'appartenance formelle au régime juridique. La norme aurait les signes extérieurs d'appartenance à ce régime juridique. Mais le critère peut etre celui de l'effectivité : la norme sert-elle de règles de comportement généralisé en pratique ? Enfin, un autre critère serait celui de l'adhésion, de l'acceptation, de la légitimité. Mais ces critères sont-ils cumulatifs ? Ou sont-ils exclusifs les uns des autres ?

Ces questions reçoivent des réponses différentes dans le modèle ancien de la pyramide et le nouveau modèle du réseau.

Dans le modèle ancien, légaliste, positiviste, étatiste, la validité s'entendait de manière *unilatérale* (on se basait uniquement sur le test formel d'appartenance au système, clôturé, pyramidal). La démarche était *absolue* : la norme était valide

– ou non. La démarche de validation était *hiérarchisée* dans le sens où l'on remontait toujours à l'habilitation par une norme supérieure.

Aujourd'hui, le caractère de validité s'inverse : la démarche est *plurielle* (différents types de test la norme est-elle raisonnable? Légitime? Praticable? Applicable?), *relative* (on va devoir s'accommoder de différents degrés de validité : conditionnelle, provisoirement valide), *hiérarchique et récursif* (la validité dépend de la réaction des acteurs situés plus bas dans l'hiérarchie juridique : on ne se base plus que sur la volonté du constituant, mais aussi si elle est mise en œuvre par les destinataires?)

Cela mène à deux thèses :

Première thèse : la réponse à la question de la définition : la validité est l'efficacité *juridique :* est valide l'acte juridique dont « on » reconnaît, dans un système juridique donné qu'il doit produire les effets de droit que ses auteurs voulaient lui attribuer.

Première observation: ces effets juridiques ne sont pas seulement d'obliger ou d'interdire. La conception du droit est plus complexe que les interdits bibliques. Les règles peuvent être facultatives, offrir des options, être incitatives, dissuasives, mettre en œuvre des procédures, des institutions,

Deuxième observation. L'enjeu politique immense de la question : c'est la question du passage du fait au droit. Saint Augustin et Kelsen, 18 siècles plus tard, posent la même question : quelle différence entre un gangster qui pointe un pistolet en demandant la bourse ou la vie ou le fisc qui nous allège fortement le portefeuille ? Qu'est-ce qui garanti au prince d'être obéi ? Qu'est-ce qui vaut une présomption de légalité pour le prince ? A l'inverse, à quelles conditions les individus attachent-ils cette présomption aux lois ?

Deuxième thèse. C'est une application cumulative des différents critères qui permettra de conclure à la validité des normes. Il faudra que la norme soit légale, effective et légitime pour être valide. Bien plus, il y a de l'un dans l'autre : on ne peut pas penser un critère indépendamment des 3 autres ! C'est un principe fondamental de dialectique.

Cela fait naître la *théorie tridimensionnelle de la validité*.

Section 01 DEFINITION ET PERSPECTIVE EPISTEMOLOGIQUE

§1. La validité comme efficacité juridique :

Le raisonnement qui conduit à la validité est passé par différentes démarches.

Premier temps. Il faut s'assurer de l'existence matérielle de la norme juridique

qui prétend à la validité. La norme est-elle, empiriquement, écrite dans le moniteur ? Ou, pour la coutume, l'usage, le juge doit s'enquérir de l'existence matérielle du droit.

Deuxième temps. On se demande dans un deuxième temps si la norme juridique est normative, c'est-à-dire qu'elle incite, dissuade, ... Beaucoup d'énoncés juridiques se forment à l'indicatif présent et non au futur ou à l'impératif. La proposition est-elle seulement un constat ou a-t-elle des implications juridiques ? L'article 2 de la constitution française : le français est la langue officielle de la république : est-ce de la linguistique et non du droit ? Que dire de notre article 4 de la Constitution ? Est-ce de la géographie ou du droit ?

En réalité, le style du droit est performatif, peu importe qu'il s'exprime à l'indicatif présent, futur ou à l'impératif. P*erformatif* signifie que l'énoncé sera réalisé par le simple fait de dire ce qu'ils disent. Cela définit la portée même du droit. L'échevin de l'Etat civil a monsieur Dupont et madame Durant dit « je vous déclare marié ». C'est un sacrement laïc, devant la loi. Les hommes n'ont que cela pour réaliser les choses les plus importantes : les mots ont un poids performatif : on réalise la chose en le disant. Le droit tout entier a cet effet performatif, est une convention, une règle du jeu et dont tout découle si on y croit. Une autorité vote des budgets, nomme des fonctionnaires. Tout part de ce « *fiat ius* ». Face à ces enjeux, on ne fait pas attention qu'on soit à l'impératif ou à l'indicatif : tout fait farine au moulin. Tout alimente le droit qui fait le cadre de la société. Mais le sacrement ne peut pas être *bidon*. Les conditions de *félicité* du performatif doivent être réunies.

Imaginons qu'un professeur déclare la mobilisation générale : les conditions ne seront pas réunies pour que la mobilisation générale soit vraiment établie. Mais si on a l'autorité dans un domaine, il y a une plausibilité du performatif « vous n'êtes pas attentif, je fais une interrogation qui compte pour le quart des points ».

Troisième temps. L'auteur de la norme doit avoir la volonté de s'obliger juridiquement, au regard de tel ordre juridique. Or, il y a des acteurs qui préfèrent rester dans le soft, dans les engagements moraux, politiques, ... sans traduction juridique ; ce sont les gentlemen's agreement. C'est l'antichambre du droit : on essaye de se contraindre sans s'effrayer, à l'image de fiançailles. On doit s'engager au niveau de l'ordre juridique belge et non simplement rester dans l'anti chambre, ce qu'on fait dans les rapports diplomatiques et dans le monde des affaires.

Quatrième temps: on reconnaît que cet énoncé qui existe matériellement, qui a une significations normative, performative que ces auteurs considèrent comme

juridiques subjectivement et qu'il doit assortir ses effets, tant habiliatifs, interdictifs, définitionnels, ...

Quelques remarques complémentaires :

Première remarque. Quand on parle de validité juridique, cela correspond au sens usuel du terme validité : ce qui présente les qualités nécessaires pour produire ses effets (littré)

Deuxième remarque. Etymologie : > valere : être en bonne santé « Vale Caesar ». Une règle valide est une règle en vigueur, la vigueur étant la force, la santé. Mais cette étymologie accrédite surtout l'idée provocante que la validité est graduelle, relative, susceptible de plus et de moins, exactement comme la santé.

Troisième remarque. La définition de la validité est celle de la validité d'une norme juridique par rapport à un ordre juridique donné, et non de façon absolue. Il n'y a aucune vérité scientifique absolue : tout dépend des prémices posées. Il y a plusieurs géométries, plusieurs astronomies. Euclide, Ptolémée réfléchissent d'un certain point de vue, ce n'est pas une vérité absolue, totalisante.

Quatrième remarque. « On » reconnaît la validité dans un système juridique donné renvoie au juge auquel la question de la validité est posée (mise en cause de la constitutionnalité d'une loi, de la validité du testament, ...) . Mais le « on » revoit également à l'ensemble des acteurs juridiques : personnes morales, associations, constituants, législateurs, tous, participent peu ou prou à la validité de al règle en question. Une norme supplétive qui n'est jamais appliquée depuis aucun acteur depuis 150 ans perd sa validité par défaut d'effectivité, par désuétude. La norme était régulière, légale, légitime. Mais le verdict d'effectivité est donné par chacun.

§2. Présupposés épistémologiques de notre démarche

Notre démarche est plurielle (A), gradualiste (B) et récursive, c'est-à-dire en boucle (C). Cela fonctionne de manière théorie mais surtout pratique.

A. PLURALITE :

Cette pluralité existe tant sur un plan méthodologique (1) que juridique (2).

1) *Méthodologiquement*

On est face à trois démarches :

Primo. On doit travailler comme un juriste : s'assurer qu'on est bien face à une règle légale. On doit s'assurer que la règle a été adoptée régulièrement.

Secondo. Les acteurs juridiques vont plus loin : c'est la démarche du sociologue, afin de savoir si la démarche est reçue, applicable, et même si elle influence les mentalités !

Tertio. Travailler comme un éthicien : se demander si la règle n'infirme pas des règles fondamentales de la communauté, si elle a des chances d'être acceptées par un juge. Ce n'est pas toujours si évident : un juge belge, sur du droit international privé, doit travailler au regard de la loi marocaine et intégrer des facteurs religieux. Le juge peut alors opposer une exception d'ordre public international. Mais personne ne lui impose ce qui relève de l'ordre public international. C'est la raison pour laquelle la légitimité est aussi un critère de validité, que le juge doit prendre en compte.

Conclusion. La pluralité est méthodologique car tout qui valide est confronté à trois démarches qu'il doit mettre en œuvre simultanément sur la légalité, l'effectivité et la légitimité. On voit alors une nécessité pratique d'interdisciplinarité, qui correspond à des réalités sur le terrain ! Une perspective purement interne au droit ne suffit pas, des considérations morales, éthiques, externes doivent exister, tout en prenant en compte des éléments internes au droit.

2) Juridiquement

Le pluralisme est juridique au *sens faible* (simple constat de la multiplicité des ordres juridiques juxtaposés souverains, maîtres de leurs destinées, que ce soit des ordres juridiques étatiques, religieux, sportifs) ou au *sens fort* (prise en compte des interconnections entre les différents ordres juridiques souverains : un belge est soumis au régime juridique belge, européen, catholique, et de la FIFA). Ce pluralisme, au sens fort, vise l'application simultanée à un même sujet de différents ordres juridiques ni indépendants les uns des autres ni subordonnés les uns aux autres.

Les conditions de validité des normes d'un système A sont parfois, et même souvent, influencées par les conditions de validités des systèmes B, C, D et E. Une règle de droit belge relève, sur un plan de la légalité, du régime juridique belge. Mais sa légitimité et son effectivité vont dépendre des échos, des interférences qu'elle reçoit des autres régimes juridiques.

Les ordres juridiques tirent en sens contraires. Le champ de la recherche tente à rapprocher, à faire collaborer des ordres juridiques qui s'opposent. Exemple : En 1920, Atatürk a libéré la Turquie de la tutelle coranique et n'a plus autorisé que le mariage civil. Cette décision a été très peu effective suite aux résistances des millions de personnes habitant les campagnes. Cette règle était légale mais les gens ne s'y reconnaissaient pas parce qu'ils adhéraient au Coran : cette règle n'était donc pas effective.

B. Gradualisme ou relativisme.

Notre démarche est graduelle, relative. Il y a plusieurs indices (5), qui appuient cette thèse contraire à celle des positivistes.

Premier indice. Le jugement de validation est fait par tout le monde. Tous les acteurs concourent à appliquer strictement ou détourner les règles juridiques. Tous les acteurs n'ont pas exactement le même raisonnement. On entre donc dans une démarche probabiliste, statistique. Max Weber étudiait la validité des normes juridiques en ces termes « *est valide la norme juridique à propos de laquelle on peut dire qu'il existe une chance que ceux qu'elle concerne orientent effectivement leur action selon la représentation que cette norme est légitime*».

Deuxième indice. Il y a pluralité des critères de validité. Un, deux ou trois critères de validité peuvent être pris en compte. Or, chacun de ces critères est, individuellement, qualitatif : une norme n'est jamais totalement légitime ou effective. Ph. Malaurie, civiliste français, parle des contrats et des actes juridiques individuels : « *un contrat est plus ou moins obligatoire, plus ou moins opposable... à l'inverse, une résolution est plus ou moins étendue* ».

Troisième indice. La prise en compte des domaines de validité : on cherche à savoir à quoi s'applique la validité dans le temps, l'espace et sur les groupes sociaux. Quand la règle rentre-elle en vigueur ? Pour combien de temps ? Quand est-elle abrogée ? En France, il y a des règles spéciales pour les DOM-TOM, pour la Nouvelle-Calédonie, ... Et même si on prétend s'appliquer à tous les belges, n'a-t-on aucune distinction dans l'effectivité ?

Si on ouvre une préface de dictionnaire ou d'une grammaire, on voit que le lexicographe et le grammairien font face au même problème : quelles sont les bons usages ? Lesquels sont valides ? Ils vont chercher les mêmes conditions d'effectivité et de légitimité. Dans les bons dictionnaires, on retrouve des *marques d'usage* qui nous renseignent sur leur validité graduelle ou relative, au regard des trois domaines déjà cités. Nonobstant, séants sont *vieillis*. Couque, crolle sont des

belgicismes. Et du point de vue sociologique, on retrouve « argot », « précieux », « académique ».

Quatrième indice. Toutes les sources de droit, toutes les sources n'ont pas nécessairement la même intensité normative, ne veulent pas s'imposer de manière aussi contraignante. Il y a des impératifs et des incitations, il y a des interdits et des normes dissuasives, il y a des obligations et des recommandations, à coté du hard law, il y a du soft law. Une règle simplement recommandatoire n'est pas aussi effective que l'interdit de tuer par exemple. Le système juridique doit s'accommoder de ces nuances. Il y a une différence entre une loi et un PGD. Une loi s'entend comme un « tout ou rien », elle est appliquée. Mais un PGD relève du monde des valeurs, des aspirations, des idéaux, des principes d'optimisation. Le principe de bonne administration, de précaution, de bonne foi ne peuvent pas être satisfaits intégralement. D'autant que ces principes peuvent aller en sens contraire, peuvent s'équilibrer. Ils ne peuvent pas être appliqués mécaniquement.

Cinquième indice. La gradualité des sanctions appliquées au défaut de validité. Quand il n'y a pas de validité, les sanctions sont elles aussi graduelles. Un acte juridique dépourvu de toute crédibilité sera inexistant (exemple : le recteur qui décide de marier deux étudiants). Lorsque la faille est moins importante, on a affaire à une nullité absolue ou une nullité relative. Lorsqu'un contrat présente des clauses irrégulières, le juge réputera non écrite ces clauses illicites.

Lorsqu'on se penche sur la jurisprudence des cours constitutionnelles, on constate que le juge essayera de garder un maximum des dispositions qui ont été adoptées et de ne retirer qu'un minimum. On essaye aussi d'annuler les actes irréguliers *ex nunc* (à partir du jour de l'annulation, sans rétroactivité depuis l'adoption de l'acte), alors qu'en toute logique, cela devrait se faire *ex tunc*. Parfois, les cours acceptent même de donner un délai au législateur (annulation *ex cras*) en vue d'éviter une lacune juridique. Les CC n'aiment pas annuler une loi, une ordonnance, un règlement car une telle pratique fait désordre. Elles utilisent souvent une stratégie d'interprétation conforme : elles rendent la loi constitutionnelles selon certains interprétations.

C. RECURSIVITE

Dans le modèle classique du droit pyramidal, modèle étatiste, positiviste, légaliste, le raisonnement de validation emprunte un raisonnement ascensionnel, unidirectionnel : on essaye de rattacher la règle à une règle supérieure dont elle tire sa validité. Une autre école de pensée, autoproclamée réalisme américaine, a prétendu que la validation emprunte le chemin inverse. C'est tiré de la doctrine de juristes américains, dont Holmes, juge à la Cour Suprême : la validité d'une loi n'est

pas tirée de la constitution, de l'édiction mais de l'application qui est faite par les juges. Les juges sont mis en position dominante. Ce serait le modèle de la pyramide inversée.

Ce sont là deux positions oppositions, bel exemple de la bipolarité des erreurs. On remplace le législateur par le juge. Or, dans les deux positions, il y a du vrai.

En réalité, il y a deux mouvements qui se succèdent : l'auteur de la règle pose un coup, adopte une règle, avec la prétention qu'elles soient suivies et les acteurs du système qui reçoivent ces lois l'appliquent ou non dans un second temps. Si on adopte ce point de vue plus complexe, il y a une série de conséquences qui en dérivent.

Première conséquence. Les boucles étranges : il y a une récursivité. Une autorité inférieure se rend maitre de la norme supérieure qui encadrait son action. Le rôle du parquet dans la poursuite des infractions pénales est d'opportunité. Le législateur ne doit pas prendre ombrage de cet opportunisme, il y a un dialogue entre le parquet et le législateur.

Deuxième conséquence : pour les sujets de droit, les règles juridiques ne sont pas seulement des menaces de nos libertés mais aussi des ressources qu'on peut mobiliser au profit de nos stratégies. On peut nous-mêmes activer les règles : par exemple, les association de défense de l'environnement se sont développées en marge du droit, mais ont compris le parti qu'elles pouvaient tirer des règles !

Troisième conséquence. Tous les acteurs ont un rôle à jouer dans la validation ou l'invalidation de la règle de droit. Le législateur n'a pas partie gagnée simplement parce qu'il a adopté une loi. C'est bien de créer une ressource, mais il faut que les destinataires potentiels la mobilisent.

Quatrième conséquence. L'enseignement de la sociologie du droit ou des organisations nous apprend qu'entre l'instruction donnée par le législateur et la réalité du terrain, il y a parfois un écart important.

Si le législateur adopte une politique de manière générale, avec l'appui de la CEDH, de la constitution, … mais le ministre fait signer au roi un AR un peu moins large, et l'administration adopte des circulaires, des directives, des notes de service. Pour les avocats qui devraient plaider dans le cadre de cette politique, ce sont les notes de service qui sont les plus simple à manipuler, et doivent recoller à la réalité administrative, même si elle n'est pas conforme aux règles supérieures. Les administrations ont un pouvoir discrétionnaire dans l'interprétation du texte et

profitent de ces marges étroites pour se tailler un petit empire. On ne peut donc tenir compte que de la norme supérieure, il faut aussi prendre en compte l'application

Conclusion : il faut abandonner le schéma dualiste classique qui présente la loi en deux temps : un débat politique au sein du parlement suivi, au lendemain de l'adoption, d'un débat juridique paisible qui ne serait qu'une exécution stricte et formelle comme si le bras de fer politique avait disparu. Le réalisme sociologique tend à dire que les conflits d'intérêt et les combats de force se poursuivent, même si il y a un compris qui a été trouvé !

Section 02 *LES CRITERES DE VALIDITE. PRESENTATION ANALYTIQUE.*

Après avoir traité la question de la définition de la validité, on se pose la question des conditions de la félicité de la validité. On reprend ici la théorie tridimensionnelle de la validité.

Première thèse. Tous les critères permettant de tester la validité d'une norme peuvent être ramenés à trois. Ce sont des questions juridiques (sens strict : la légalité) (§1), des questions pratiques (effectivité)(§2) et des questions de valeur (légitimité) (§3).

Deuxième thèse. Ces critères ne doivent pas être juxtaposés mais impliqués mutuellement. Il y a une idée dialectique. Il n'y a pas un critère sans les deux autres.

Troisième thèse. On peut distinguer la validité interne des normes à un système juridique, delà validité externe, de la validité de cet ordre juridique lui même. C'est le rapport entre les nattons, le ius gentium, droit international public, qui demande une série de reconnaissances internationales. On cherche à reconnaître des Etats (Kosovo), des nouveaux régimes au sein d'Etats reconnus (régime en Iran au profit des ayatollahs) ou de reconnaître des gouvernements en exil (opposition syrienne en exil). Cette question de reconnaissance est plus une question d'effectivité et de légitime que de légalité, puisqu'il n'y a pas de critères de légalité internationale. Le droit international n'est pas particulièrement développé, puisqu'il n'y a pas une puissance mondiale intégrée, avec un pouvoir législatif international.

Les critères d'effectivité et de légitimité sont le socle coutumier du droit, sur lequel se construit le droit formel, le droit en développement. Exemple 1: Lorsque le Shah d'Iran a quitté l'Iran, le pouvoir est maintenu par l'ayatollah de façon durable et paisible, même si les occidentaux n'apprécient pas ces faits,

l'effectivité est là. Peu importe que cela se soit fait de façon révolutionnaire : il n'y a pas de police internationale qui réglemente. Exemple 2: A l'issue de la guerre des Balkans, en fonction de la politique internationale, certains pays se sont dépêchés de reconnaître certains pays qui se sont formés à l'explosion des anciennes terres soviétiques.

§1. La validité formelle : la légalité

Est valide la règle qui présente des signes extérieurs d'appartenance au système. Des auteurs anglais parlent de « test de pédigrée ». On test la filiation par rapport aux normes supérieures. La norme a t elle été adoptée par un auteur compétent, et cela selon les procédures prévues (publication ? majorité requise ?). Les états de droit manifestent la plus grande attention pour ce critère. Les Etats ont développé des mécanismes de vérification de la constitutionnalité, de la légalité, de la conventionalité, ...

Ces critères ne se renferment pas sur eux-mêmes.

Premier argument. Derrière ces critères formels de légalité (Luxembourg, Strasbourg, CE, CC), se font valoir en *mode mineur* des préoccupations d'effectivité et de légitimité (voir plus loin).

Deuxième argument. Impossibilité d'auto validation du droit par lui-même. Il est impossible de s'auto fonder. On ne peut pas trouver dans les normes supérieures une réponse complète à la validité. Kelsen, positiviste, propose que la validation se fait par la normes supérieures : arrêtés royaux, lois, constitution, constitution première. Mais d'ou dérive-t-elle sa validité ? Le positiviste devra rattacher celle-ci à une norme juridique encore plus ancienne, fondamentale ? Mais laquelle puisqu' y a une révolution ? Ou encore supérieure ? On risque de tomber dans une régression infinie ! *Qu'est-ce qui fonde le fondement ?* Adam et Eve avaient-ils un nombril ?

Mais on va faire une pétition de principe : faire un acte de foi dogmatique, sans continuer la recherche généalogique. Mais Kelsen va parler de norme fondamentale qui commande d'obéir à la première constitution, en disant que cette norme est et n'est pas juridique. C'est une hypothèse, une supposition que nous sommes obligés de faire si nous tenons pour valide un ordre juridique positif. Mais une hypothèse qu'on est obligée de faire, c'est un dogme. Et pourquoi devrions nous la faire ? C'est l'effectivité et la légitimité qui s'impose au lendemain de la révolution belge, répondant à une adhésion nationale majoritaire et unanime. C'est de la sociologie, de l'éthique et les positivistes ne peuvent pas s'ouvrir à ces disciplines. Il est nécessaire de reconnaître que la légalité formelle repose sur des

sphères plus larges de légitimité et d'effectivité.

Gödel a essayé de démontrer, en mathématiques, la limitation de tous les systèmes formels en 1931 : un système auto défini, clôturé sur lui-même est incapable de trouver dans ses propres ressources de démontrer la validité de ses axiomes de bases. Il est obligé de supposer un métalangage pour démontrer le bien-fondé de ses prémices.

Troisième argument. Fuller a développé « la moralité interne du droit » dans laquelle il affirme que les critères apparemment formels de légalité présentent une valeur substantielle éthique minimale, de légitimité. Ce que nous appelons l'Etat de droit n'est pas qu'un montage purement formel, c'est aussi une inspiration, un idéal proche de celui des droits de l'homme. Fuller distingue 8 exigences que l'on peut rattacher au critère de légalité. C'est ce qui permet de faire un état de droit :

- La norme inférieure doit être conforme à la norme supérieure.
- Les règles sont générales et abstraites.
- Les règles doivent être publiées (publicité).
- Il faut une absence de contradictions entre les normes.
- La norme ne peut pas être rétroactive en droit pénal et fiscal.
- Les règles doivent être le plus clair possible.
- Ne pas demander l'impossible.
- Une stabilité législative est nécessaire.

Ce bouquet d'exigences caractéristiques de l'Etat de droit est porteur de la sécurité juridique, qui est une valeur, qui est seule à générer la confiance entre gouvernants et gouvernés, entre sujets de droit et législateur.

Il y a donc un lien entre le critère formel et axiologique. Ces conditions de validité s'impliquent mutuellement.

§2. La validité empirique : l'effectivité

Il y a une montée en puissance de ce critère au cours des dernières décennies.
Indice : on retrouve dans la jurisprudence de la Cour EDH, qu'elle affirme avoir le souci de défendre des droits concrets et effectifs et non pas théoriques et illusoires.

A. Pourquoi ce critere sociologique Pragmatique est-il pris au serieux aujourd'hui ? Deux elements de reponse.

Premier élément. Nos Etats sont devenus après guerre des états de droit et des états providence, qui se préoccupent du bien être social. Nos Etats entendent conduire le changement social dans tous les domaines : plein emploi, accès à

l'instruction le plus large possible, politiques culturelles, protection de l'environnement, améliorations des conditions de travail. L'Etat veut améliorer le jeu collectif. La loi n'est pas seulement un cadre arbitral pour les transactions privées, comme le code civil, mais est un instrument de l'action politique publique. Le législateur est le premier acteur éducatif, culturel, social, économique… la loi devient un outil de politique publique. Mais alors il est normal qu'on s'enquière de ces performances, de savoir si la loi atteint ses objectifs. On pose alors la question des résultats, de l'effectivité.

Second élément. Dans un système en réseau, le législateur n'est pas le seul foyer de droit. Les messages juridiques viennent de partout. La validité pratique ne va plus de soi. La loi doit vérifier qu'elle a été reçue et n'est pas concurrencée par d'autres sources ! Le législateur doit faire face à la concurrence, l'effectivité ne va plus de soi. Au XIXè, le législateur ne devait qu'adopter une loi régulière pour que celle-ci aille de soi, soit performante.

B. Mais l'effectivite est un critere faussement simple.

Premier élément de complexification. L'effectivité est la capacité de la règle à déterminer le comportement de ses destinataires. Mais quels destinataires ? Il y a deux catégories différentes : les destinataires primaires et secondaires. Les destinataires primaires sont les sujets de droits qui doivent boucler leur ceinture, s'arrêter au feu rouge. Mais la loi s'occupe aussi de destinataires secondaires qui sont chargés de faire appliquer cette loi (la police, le parquet, le juge).Il y a là deux effectivités qui peuvent être différentes.

Deuxième élément de complexification. L'effectivité a des notions voisines qui sont pourtant différentes : ***effet de la loi, effectivité, efficacité et efficience***.

L'effet est la notion la plus large. Toutes les conséquences produites par une norme. Il y a des effets volontaires et involontaires, positifs et négatifs. Parmi ceux-ci il y a des effets pervers, négatifs et involontaires. On peut avoir de bonnes intentions dans un loi qui interdise la consommation du tabac par l'augmentation de la consommation d'alcool dans la population.

L'efficacité : il s'agit de savoir si la loi atteint les objectifs qu'elle se propose. Il faut savoir quels sont les objectifs. (*Exemple* : loi obligeant à boucler sa ceinture : quels sont les objectifs ? et que se passe-t-il vis-à-vis de ces objectifs ? les objectifs peuvent également être cachés).

L'efficience : c'est un rapport économique, de type coût/bénéfice. On se demande si la loi atteint le but défini au moindre coût. C'est une question

essentielle dans le cadre de la philosophie de la *loi et économie*. Cela devient une question de légitimité. La bonne loi est celle qui est la plus efficace, la plus rentable. (*exemple* : privatiser les prisons).

Troisième élément de complexification: la loi fait l'objet de test nombreux. C'est l'évaluation des lois, *ante aut post legem*, selon le moment de son édiction. On est dans un processus continu de l'évaluation des lois, avec des commissions de suivi. Ce n'est pas seulement le dada de sociologues, c'est également une exigence démocratique. L'article 170 de la Constitution suisse dispose que l'assemblée fédérale veille à ce que l'efficacité des mesures prises par la confédération fasse l'objet dune évaluation.

La distinction entre les tests formels de légalité et les tests sociologiques d'efficacité devient ténue, indécidable. Les principes de proportionnalité et de subsidiarité sont à cheval sur du légal et de l'effectif. Le principe de proportionnalité comporte 3 questions : les deux premières (la mesure est-elle adéquate ? est-elle nécessaire ?) sont des questions d'efficacité, alors que ce sont des questions posées par la cours constitutionnelles sur la légalité des normes ! Le principe de subsidiarité permet de partager les compétences concurrentes entre le haut et le bas (EU et Etats).Ce test demande des comparaisons. Il demande qu'une compétence soit exercée au niveau le plus performant le plus efficace, le plus à même à l'exercer (exemple : chasse des oiseaux migrateurs). Les tests de légalité impliquent des questions d'effectivité.

Quatrième et dernier élément de complexification: l'effectivité symbolique. L'effectivité permet de diriger le comportement des destinataires. Mais à coté de cette effectivité comportementaliste, il y a une effectivité symbolique, qui est l'aptitude à marquer les valeurs, les représentations des individus. On peut se dire alors que la vraie fonction du droit est la fonction d'inculquer des valeurs, de partager des idéaux, de donner des repères mentaux, spirituels à une collectivité. C'est le rôle pédagogique qu'on peut attendre du droit ! Bourdieu dit qu'on agit sur le réel par le biais des représentations du réel. C'est le rôle noble, symbolique du droit qui s'adresse à des hommes libres. Si nous voulons diriger des êtres libres, il faut les faire adhérer à des perspectives législatives, les convaincre. Cette effectivité symbolique s'accompagne dans un second temps de l'effectivité matérielle. Il arrive des dans laquelle cette effectivité est dissociée. *Exemple 1* : *le délinquant fraudant le fisc : il porte atteinte à l'effectivité matérielle de la loi, mais il ne s'en vante pas, il demeure dans la clandestinité. Son délit reste inconnu s'il se cache. Il comprend que la loi qu'il enfreint est légitime, au moins pour les autres.*

<u>Exemple 2 :</u> il n'est pas rare que le législateur vote un texte parce qu'il estime que ce texte est utile, mais il ne le met pas en application. Il ne vote pas les budgets, ne nomme pas les fonctionnaires, n'adopte pas les arrêtés d'exécution. Il souscrit moralement mais pas matériellement à ces idées. C'est l'état spectacle qui profite d'effets d'annonce. <u>Exemple 3 :</u> si on est délinquant rebelle, qu'on se révolte parce que c'est une mauvaise loi, on en appelle l'opinion publique pour changer les choses. Cela peut faire école et entrainer l'invalidation de la loi (Luther King, Mandela, ...).

§3. La validité axiologique : la légitimité

Il s'agit de comparer les normes à des valeurs méta positives. Il n'existe pas de procédure visant à procéder à cette évaluation, contrairement aux deux autres critères. Il n'y a pas d'organes institués (légalité par le CE, effectivité par des commissions de suivi). Il n'existe pas de comités d'éthiques pour se prononcer sur la validité légitime des lois. Ce critère joue tout de même un rôle : sous couvert de contrôler la légalité ou l'effectivité, le juge s'occupe de ce critère.

C'est une tension entre le droit en vigueur par rapport à un droit naturel, un droit vers lequel on espère tendre.

L'idéal de la légitimité peut se rabattre chez les éthiciens sur des notions de légalité ou d'effectivité. Pour certains, la loi juste est, assez modestement, la loi adoptée régulièrement. C'est une conception réductrice qui se contente de la légalité formelle. C'est le mieux qu'on puisse atteindre en matière de légitimité, car chacun aurait sinon une vision différence sur cette notion. La légalité est une notion minimale. Cela rappelle la moralité interne du droit (*Fooler*).

Une autre forme de réduction est de réduire la légitimité de la loi à l'effectivité de celle-ci : une bonne loi est une loi qui atteint son objectif à un moindre coût social. C'est une vision utilitariste (*Law and Economics*). C'est un aspect à prendre en compte, mais c'est réducteur.

§4. Contre-point : une application plus que légale : les contrats

Ces différentes visions se retrouvent également dans les contrats : le code civil persuade que la validité des contrats reposent ces trois tests.

L'article 1134 mettant en œuvre le principe de la convention loi demande une formation légale, régulière des contrats pour qu'un juge en assure l'exécution. La convention doit être conforme à loi !

Un contrat oblige « pour toutes les suites que l'équité et l'usage donnent à cette obligation d'après sa nature » : l'équité est une référence à la légitimité et

l'usage renvoie à la pratique, l'application, l'effectivité.

A l'article 1108, le consentement doit être exempt de vice (erreur, droit, violence), les formalités substantielles doivent être réunies. Cela concerne donc bien la légalité de l'acte contractuel.

La légitimité se retrouve également « le contrat doit porter sur un objet et une cause licites ». Plus généralement, il est prévu à l'article 6 notamment que le contrat doit être conforme aux bonnes mœurs : cela renvoie à l'idée de légitimité.
En matière d'effectivité, la doctrine s'accorde pour dire que l'objet du contrat doit porter sur quelque chose de possible. Il faut que ce soit réalisable ! (On ne peut pas vendre la lune, par exemple).

L'article 2219 du C. civil dispose que les obligations s'éteignent par le non-usage. Le non-usage est l'obligation ce que la désuétude est à la loi.

Le défaut d'un des trois critères fait disparaître la règle.

Section 03 *INTERACTIONS DES TROIS CRITERES DE VALIDITE.*

Le propos vise ici tout entier qu'un critère ne peut pas aller sans les autres.
Il y a 7 ou 8 indices d'interaction pour concrétiser la dialectisation des trois pôles.

Premier indice. Un ancien président du CE, Paul Tapie, a contribué à un ouvrage collectif sur le fonctionnement de la légitimité des normes. Il dit que le Conseil est préposé à un contrôle de légalité formel, qui se limite en apparence à un critère formel de légalité, mais, dit-il, en *« grattant un peu, sous les termes de légalité, régularité, apparaît un mode de critique bien moins formel qu'on pourrait le supposer. Sous couvert de ce contrôle, il arrive au CE sans trop le savoir de juger un projet ou un règlement à l'aune de l'effectivité ou de la légitimité* ».

Deuxième indice. Les revirements de jurisprudence. Pendant des années, les cours et tribunaux statuent dans un sens et puis arrivent un jour à la conclusion qu'il faut changer les conclusions à un sujet. La première réaction des cours et tribunaux est de ne pas changer la jurisprudence, de ne pas décevoir les attentes d'au moins une des parties, de ne pas mettre en question la sécurité et prévisibilité juridiques, … A Strasbourg, ce n'est qu'à 17 juges, en Grande Chambre, qu'on virera de cap.

Paul Leclerc, avocat général a la Cour de Cassation, dit, dans les années 1920 qu' « une règle fixe même mauvaise mais dont le justiciable est sur est préférable à une règle changeante car alors il n'y a plus de règle ». Cela s'oppose à une vision scientifique qui voudrait qu'une règle soit universellement vraie.

Dans ce conservatisme juridique, on retrouve la déférence a la séparation des pouvoirs : si on désire changer la jurisprudence, c'est au législateur de changer les règles. Le juge ne s'estime pas légitime pour appliquer ces revirements. Il y a également une interdiction de l'arrêt de règlement.

Cette attitude rigide peut s'expliquer ainsi également. Une décision qui

continue à appliquer une règle mauvaise, peut scandaliser l'opinion publique et titiller la jurisprudence.

Mais il existe néanmoins des revirements de jurisprudence. Cela s'explique, dans la doctrine, par trois critères :

Premier critère : on conclut qu'il y a une erreur de droit dans le passé, ou au regard du système juridique en vigueur, on se tromperait dans l'interprétation des règles si l'ancienne solution était appliquée. (légalité)

Deuxième critère : la paix judiciaire n'a pas été obtenue par les décisions antérieures. Les cours et tribunaux restent divisés malgré un arrêt du CE ou de la Cass. L'opinion publique s'émeut, la presse fait grand bruit. La paix judiciaire implique que la solution antérieure s'appuie sur tous (effectivité).

Troisième critère : le changement dans les choses, dans le mouvement des idées. On ne peut plus juger en 2012 comme en 1992. Un exemple paradigmatique est celui de la question de droit anglais posée à la Cour EDH de savoir si le viol pouvait être imputé à un mari qui abusait de sa propre épouse. La réponse était non en droit anglais en raison d'un précédent. Le mari, en raison de son lien juridique, pouvait faire ce qu'il voulait. Mais les cours anglaises ont considéré que le monde avait changé. Le mari invoque à Strasbourg un argument très fort formellement : l'article 7 qui pose la légalité des délits et des peines. L'Angleterre aurait ainsi fait rétroagir une incrimination à l'encontre du précédent. Mais la Cour EDH a considéré que le revirement de jurisprudence était légitime car les idées ont changé depuis des siècles.

Troisième indice : le sens du mot « loi » dans la CEDH. Le mot « loi » dans les articles 8 à 11, qui consacrent des droits fondamentaux (liberté de conscience, expression, vie privée) et qui permettent aux états de limiter ces droits pour autant que ce soit une loi qui viennent les limiter et sous d'autres conditions telles la nécessité dans une société démocratique, a un sens particulier. La loi, en Belgique, est un texte voté par un parlement. La jurisprudence de la Cour Eur. DH a connoté le mot « loi » d'une connotation éthique. La cour fait un audit législatif. Il faut remplir des critères de qualité : la loi soit raisonnablement claire pour être comprise par le sujet de droit, l'homme de la rue, sans devoir recourir à un homme de loi. La loi doit être suffisamment accessible sans avoir fait des études de droit. La Cour ajoute un troisième critère : la loi en question doit être compatible avec la *prééminence du droit*, conforme à la *Rule of Law.* Ce droit intègre les valeurs juridiques fondamentales : bonne administration, bonne foi, bonne mœurs, ordre public.

<u>Exemple :</u> en Autriche, un malade mental dénonce le comportement des autorités autrichiennes car l'hôpital psychiatrique où il était soigné procédait à la lecture et la censure de son courrier. Le gouvernement répond que c'est possible

car une loi prévoit ce mécanisme en vue de vérifier que le courrier ne vienne pas déséquilibrer les nerfs du patient. Mais la loi n'est pas conforme aux yeux du droit, car elle n'est pas assez détaillée, elle reconnaît un pouvoir trop large, presque arbitraire et non seulement discrétionnaire au directeur de ces hôpitaux.

Le mot « loi » déborde sur des exigences de légitimité.

Quatrième indice. Les normes constitutionnelles indérogeables. On en trouve en Allemagne, France, Italie, Portugal… Ces normes se voient interdites de révision à l'avenir même si tout le parlement réuni, à l'unanimité, voulait réformer ces dispositions constitutionnelles. Ces dispositions viennent de l'expérience douloureuse vécue par l'Italie ou l'Allemagne qui a connu une dénaturation de l'Etat de droit : celui-ci a sabordé la démocratie par des voies démocratiques. On s'est rendu compte de la faiblesse du formalisme juridique contre des entreprises totalitaires. Le constituant se lie ainsi les mains pour éviter de nouvelles dérives.

Ulysse, lorsqu'il s'approche du cap des sirènes, est attaché mais son équipage a de la cire dans les oreilles pour ne pas se jeter à l'eau.

Le Constituant agit un peu comme Ulysse et prend des précautions à l'avance. Mais ces dispositions ne sont que des garanties de papier ! Rien n'empêchera jamais une révolution dans la rue, mais au moins celle-ci ne pourra pas se faire sous couvert de droit positif.

En France : article 89 de la Constitution de la Vième République : la forme républicaine de l'Etat n'est pas révisable. La République, en France, est sacrée. Ce n'est pas seulement l'interdiction de monarchie, les français y intègrent toutes les valeurs françaises : fraternité, égalité, liberté, … C'est l'assise idéologique du régime de la 5ième république. En Allemagne, le fédéralisme, à l'article 79 de la Loi fondamentale, et les libertés publiques sont soustraits à toute révision.

C'est un démenti du positivisme juridique, qui a pour profession de foi que le droit peut avoir n'importe quel contenu pour autant que celui-ci soit adopté régulièrement, suivant les procédures prévues.

Ici, dans ces points limites qui touchent aux assises du régime, on fait égard, humblement comme Ulysse, au contenu de la loi. On ne peut adopter une révision de la constitution qui porterait atteinte à certaines valeurs. C'est une forme de reconnaissance de la légitimité par la légalité.

Cinquième indice. Les notions à contenu variable. Confiance légitime, bonne moeurs, bonne foi, … sont des critères souples de la légitimité.

L'ordre public joue comme évaluateur de validité par rapport à la loi ou aux actes juridiques privés. En droit international privé, les rapports entre les systèmes juridiques nationaux, il est permis de faire application d'une législation étrangère. Exemple : lors d'un mariage entre deux marocains, on peut leur appliquer des règles nationales marocaines. Mais par exception d'ordre public international, le

juge belge peut faire obstacle à l'application qu'il devrait normalement faire du droit étranger. Les époux marocains discutent de leur mariage et le juge voit une disposition qui interdit à la femme d'épouser une femme non-maroccaine. Il y a là, aux yeux du juge, une disposition trop éloignée de la conception belge du mariage. Il y a là une discrimination double, en terme de religion et de genre. Le juge pose une exception d'ordre public international.
Exemple : contrats et testaments sont d'ordre privés : il y a un système juridique belge et ensuite un pluralité de systèmes privés. Il y a entre ces deux ordres juridiques, à l'interface, la conformité à l'ordre public. Ainsi, un testament, dans les années 1950, par lequel une femme lègue sa fortune à sa petite-fille à condition qu'elle n'épouse pas un juif. Le notaire refuse l'application de cette disposition.

Il y a un caractère élastique, graduel de ces critères : l'ordre public n'a pas une frontière limite. Il y a un pluralisme juridique qui entraine une interférence es conditions de validité respective. La légalité marocaine se voit arrêtée par la légitimité belge.

Sixième indice. L'effectivité globale du système juridique en question. Il ne viendrait à personne l'idée d'appliquer le droit Justinien devant les juridictions belges. Une décision belge décide d'une liquidation de succession de russes fortunés fuyant le Communisme à la suite des révolutions de 1917. Les Russes demandent l'application du droit tsariste, mais le juge doit refuser cela par un souci massif d'effectivité. Le droit russe est devenu le droit soviétique et le juge ne peut pas appliquer le régime juridique tsariste.

Même Kelsen qui enseigne que la clôture du système juridique, fait la concession que la norme qui se repose sur une norme supérieure ne peut qu'exister avec de l'effectivité minimale.

Tout raisonnement de validité, aussi formel soit-il, présumé qu'on se situe dans un ordre juridique donné.

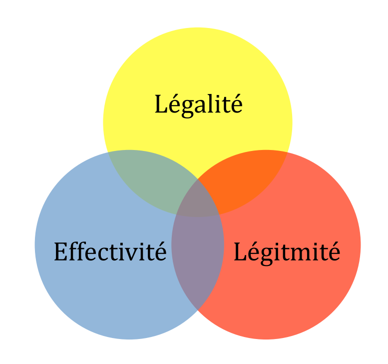
Septième et dernier indice. Dans les cas les plus extrêmes (hard cases), si la patrie est en danger par exemple, le juge travaille sans filet et se réfère naïvement, globalement, sans fioriture à des valeurs qui lui apparaissent les plus importantes, quitte à sacrifier des normes ou d'autres valeurs.

Cass, 4 mars 1940 : cet arrêt porte sur un arrêté-loi de guerre du 11 octobre 1916. Cet AL avait été adopté au Havre au milieu de la première guerre mondiale. Cet AL a pour objet l'état de guerre et l'état de siège. Ce texte prévoit notamment la possibilité pour les autorités de suspendre les principales libertés publiques (réunion, presse). Les vices de constitutionnalité sont massifs sur un plan formel (un texte adopté par l'exécutif n'a pas la valeur de textes adoptés par le Parlement) et substantiel (les droits fondamentaux sont écartés). Il y a une

absence totale de légalité. La Cassation, saisie d'un recours sur ce sujet à propos de la censure d'un journal dans le contexte de la drôle de guerre, va dire « l'indépendance nationale est une valeur supérieur au respect de la Constitution ». Les juristes sont dos au mur. « *salus patriae suprema lex* ». Il y a donc des critères de validité. La norme fondamentale est « l'indépendance nationale ». Cette valeur a un rapport avec l'effectivité également. C'est comme un réflexe de conservation de l'Etat qui montre qu'il a besoin de sa survie (effectivité), et c'est une valeur fondamentale (légitimité).

Certes, c'est un exemple exceptionnel, mais cela n'est pas absent du quotidien.

Section 04 *LES TROIS CERCLES SECANTS DE LA LEGALITE, DE L'EFFECTIVITE ET DE LA LEGITIMITE.*



On va se demander quelle est la place des normes au sein des trois cercles, on va se demander si chacun des cercles a le même poids ou non. Les trois cercles ne devraient-ils pas plutôt être concentriques ? N'est-ce pas plus souhaitable. Pourquoi ces cercles ne sont-ils pas indépendants ?

A partir de ce schéma, on devrait pouvoir prédire la validité des règles.

§1. Variations de la position des normes juridiques au regard des trois cercles

(1) Une règle au centre des 3 cercles, adoptée par un législateur compétent, dans les formes, qui semble correspondre à la volonté des différents groupes sociaux et qui est largement appliquée a une réussite de 100%.

(2) une règle légale et légitime sur l'environnement est adoptée dans les règles, mais elle coûte cher pour le portefeuille. Résultat : elle est très peu effective. Beaucoup de règles sont dans cette zone, surtout concernant des rapports économiques nouveaux.

(3) La règle légitime et effective est une coutume, elle est appliquée et les gens ont l'impression que c'est du droit (*opinio iuris*), mais ca n'a jamais été approuvée par une autorité compétente.

(4) La règle effective et légale, mais elle n'est pas légitime. Elle a été adoptée dans les formes prévues, les gens s'y conforment par peur du gendarme mais les gens considère qu'elle n'a pas de raison juste pour l'expliquer. C'est une norme

temporairement valide.
(5) la règle exclusivement légale : plus personne ne considère que c'est une bonne règle et elle est bafouée tous les jours. Jusqu'il y a peu, l'officier de l'état civil devait constater personnellement les naissances et décès. C'est une règle qui datait du code napoléonien de 1804. Or, dans les agglomérations modernes, elle n'était plus possible à appliquer.
(6) la règle exclusivement légitime : c'est une aspiration politique d'un peuple opprimé. En Pologne, avant la chute du mur de Berlin, les dockers et d'autres demandent un droit de solidarité. Il y avait une solidarité internationale qui soutenait le régime Solidarnosk.
(7) la règle exclusivement effective : c'est la loi imposée par la force, honnie par les peuples, imposée suite à un coup d'état, et donc irrégulière.
(8) la règle extérieure : la règle jamais officiellement consacrée, ni effective, ni légitime.

Mais c'est une typologie statique. C'est le temps arrêté, un diagnostique. Mais il faut faire un pronostique de validité, il faut introduire le mouvement de validité :

- celui-ci peut être centripète : le temps permet de densifier la validité. On passe d'un à deux puis trois critères
- celui-ci peut être centrifuge. Une norme s'appuie sur trois critères, mais avec l'usure du temps, elle par en périphérie et perd sa validité.

<u>Exemple :</u> la règle (3) peut être consacrée par un juge, puis la cour de Cassation puis par le législateur. La règle va être formalisée.
<u>Exemple :</u> la règle (1) peut perdre de sa pertinence, perd son effectivité. Malgré qu'on doive en faire application, on ne l'applique pas : c'est la désuétude. C'est une extinction lente de la loi qui lui fait perdre sa validité.
<u>Exemple :</u> imaginons une mesure injuste imposée par la force. Elle connaît un rejet moral, mais souvent, le réalisme cynique, sceptique montre qu'on finit par s'en accommoder. La Fontaine explique que « la loi du plus fort devient souvent la meilleure » : une imposture d'origine peut s'expliquer. Pascal nous dit qu' « à défaut de faire ce qui est juste soit fort, on a fait que ce qui est fort soit juste ».

§2. Variations du poids de la position respective des trois cercles :

A. *<u>Poids respectif des trois cercles</u>*

Chacun peut accorder une importance variable selon la profession : un conseil juridique accorde la prévalence à la légalité formelle, un sociologue à

l'effectivité, un éthicien à la légitimité. On fait une présomption simple sur les critères sur lesquels on passe rapidement.

Or, dans le cadre de ce cours, on essaye d'accorder une importance égale aux trois critères.

Mais il y a trois autres facteurs de modulation du poids :

1) <u>*Histoire*</u>

Il y a une succession de périodes troublées (chaudes) et de consensus (froide). Dans une période chaude, torride, on associera certains critère d'effectivité : tout est dénoncé, l'autorité est renforcée. On ne pourra s'attache qu'à l'effectivité et la légitimité, alors que la légalité est renversée, ou passée au second plan.

Il y a des périodes calmes, de consensus : la légalité participe souvent à faire, seule, la validité. Le parlement est garant du consensus et de l'effectivité.

<u>*Exemple :*</u> le XVIIIè S en France débouche sur la révolution française est une période de réchauffement politique qui remet en cause le régime monarchique, la légitimité des rois, le droit de l'ancien régime. Le droit positif est démonétisé et le droit naturel connaît une apogée : on essaye de faire de la *lex ferrenda*, d'améliorer le droit dans les salons de Diderot, Rousseau, Voltaire. On met en cause les lettres de cachet : cela met en cause l'effectivité. Louis XVI doit revenir à Paris suite à l marche du peuple sur la Bastille le 14 juillet 1789.

<u>*Exemple :*</u> la paix bourgeoise au XIXè : le libéralisme économique est codifié dans le code civil. Nobles et clercs ont perdu leur privilège, mais la classe ouvrière est maintenue dans une situation dans une situation de misère. Tout se rapporte à la légalité du Code Civil. Il n'y a pas de légitimité alternative. Les mouvements sociaux sont réprimés. C'est le siècle de l'exégèse également. Le Juge applique strictement les 2200 articles du code civil.

<u>*Exemple :*</u> le XXè S est un siècle tiède, positiviste, traversé de grands mouvements de remise en cause. Il y a le réveil ouvrier pour l'obtention du suffrage universel, pour obtenir la représentation au pouvoir des travailleurs. On remet en cause le code civil, la propriété.

Le XXè siècle a connu une révolution sociale : on a permis une reconnaissance de droit sociaux, avec une accession aux Etats providence.

Au lendemain de la guerre, les droits de l'homme ont entrainé une révolution silencieuse qui consiste à permettre à un simple particulier de dénoncer les exactions d'un Etat souverain. Il y a un déplacement du centre de gravité. Les individus deviennent souverains, peuvent obtenir raison par l'intervention de juges internationaux. Il a fallu des dérives dans le nazisme et le fascisme pour en arriver là : on se rend compte que les Etats souverains peuvent se dénaturer et qu'il faut dès lors des tiers impartiaux.

Dans les années 1950-60, la décolonisation a entrainé le changement de statut de dizaines d'états, affranchis delà tutelle métropolitaine coloniale et reconnus membres des Nations Unies. Tout a changé grâce au principe de droit naturel des peuples à disposer d'eux-mêmes. C'est un changement légitime qui s'est rendu effectif.

2) <u>Source de droit considérée :</u>

Les normes ne sont pas toutes des lois. Il faut introduire des distinctions. Virally, M., enseigne à cet égard qu'il faut distinguer les sources originaires et els sources dérivées. Les sources originaires sont les PGD non écrits, les coutumes, les usages, les jurisprudences (règle qui se dégage d'un ensemble de décisions). Les lois dérivées sont unilatérales (lois, circulaires, ordonnances) ou bilatérales (traités ou contrats). Chacune de ses sources ont des règles particulières : les règles originaires sont anonymes, diffuses, collectives. Elles ne font pas partie d'une édiction précis. Leur contenu reste un peu flou, car on ne sait pas toujours énoncer la règle de manière claire.

Les sources dérivées ont des auteurs identifiés (le Parlement par ex.), ont un contenu bien précis (énoncée à un moment déterminé, à un lieu déterminé).

En terme de validité, il y a des conséquences : les sources originaires s'analysent en terme d'effectivité et de légitimité. Il n'y a pas de légalité formelle, qui interviendra s'il y a une reconnaissance par un législateur. La coutume connaît deux ingrédients de base : il faut un usage répété, constant (effectivité) et un élément qualitatif, *l'opinion iuris* (légitimité) : il faut agir ainsi parce qu'on pense que la règle est du droit. Mais rien n'interdit une consécration dans ces normes originaires. Mais dans les sources dérivées, la légalité emporte la prépondérance : la loi est formelle avant d'etre reconnue de façon légitime ou effective.

3) <u>Branche de droit considérée :</u>

Le système juridique est divisé en zones. Lorsqu'on porte un regard aiguisé sur ces zones, on retrouve des secteurs mieux établis, plus consensuels, moins conflictuels. D'autres raisons sont plus récentes, moins établies, plus conflictuelles.

<u>Exemple :</u> le cœur du droit civil, la théorie des obligations romaine, connaît un certain consensus. On ne s'interroge pas à ce sujet : la légalité suffit à la validité.

<u>Exemple :</u> des branches plus récentes, des branches politiques, comme le droit l'environnement, c'est un droit qui implique des investissements, des changements de comportements. Mais beaucoup de règles sont légales et légitimes mais heurtent de front les intérêts économiques.

<u>Exemple :</u> le droit international public. Il n'y a pas de police mondiale. A

défaut de structuration étatique de la planète, tout le DIP est redevable à l'effectivité politique (rapport de force) et à la légitimité morale (droits de l'homme…).

B. Position respective des trois cercles :

Les trois pôles sont sécants, et non pas indépendants ou concentriques.
Pourquoi ? Cette question est importante et mène à des considérations de philosophie du droit.

Il y a des implications réciproques. Chaque pole, indépendamment, est une présomption faible de validité. Chaque pole est une condition nécessaire mais non suffisante de validité. Selon la branche à la quelle on appartient (sociologue, iusnaturaliste,…) c'est l'effectivité, la légalité ou la légitimité qui est prépondérant. Ils sont dogmatiques et unilatéraux. Cela ne suffit.

Pour critiques les deux autres positions indépendantes ou concentriques, il faut déborder sur la philosophie politique, en s'interrogeant sur les pouvoirs, et la psychologie sociale, en s'interrogeant sur les dispositions individuelles des sujets au regard des normes.

La philosophie politique considère que des pouvoirs compétents adoptent des normes légales. En terme de pouvoir, la légitimité d'une norme se traduit pas l'autorité morale. Par exemple, le pape est une autorité du droit canon. L'effectivité de la règle se traduit par l'intermédiaire d'un pouvoir fort. Nous avons ici dédoublé la réflexion.

En terme psychologique, un pouvoir compétent adoptant des normes légales suscite une obéissance, une conformation. Une autorité morale qui adopte des règles légitimes suscite une adhésion. L'effectivité d'une norme adoptée par un pouvoir fort suscite la soumission.

Pourquoi ne pas accepter le schéma des cercles concentriques ? Ne sont-ils pas, après tout, l'idéal du juriste ? Une légalité correspondrait à la fois à la légitimité et l'effectivité. Le législateur veut voir ses règles appliquées et jugées légitimes par le plus grand nombre. Ce serait utopique et même pas souhaitable.

C'est utopique : y a-t-il des règles appliquées par tout le monde ? non, d'autant que le pluralisme juridique, le droit en réseau ne permet pas une superposition des cercles. Ce modèle est contre factuel.

Mais ce n'est pas souhaitable non plus : ce système est idéal jusqu'à un certain point seulement. Nous vivons sur terre dans une société humaine. Cet idéal est soit supra humain (paradisiaque) ou infrahumaine (animalier). Le paradis permet de souhaiter la fin de l'exploitation de l'homme par l'homme, de la violence : il y aurait un respect de chacun avec une harmonie générale. Les législateurs inspirés par une telle idée sont le plus souvent de dangereux

dictateurs ! Les scientifiques qui étudient les fourmis, les ruches décrivent la vie sans jamais aucune révolution. Chaque animal réalise son programme génétique, loi naturelle, sans en dévier d'un seul millimètre. Ce n'est pas forcément un idéal auquel les humains doivent aspirer.

Les humains sont libres (capables du meilleur et du pire), aptes à transgresser et améliorer la règles.

Il y a un écart entre la légalité, le droit tel qu'il est, l'effectivité, la manière dont j'applique la règle, et la légitimité, qui peut être une conception alternative de la règle par rapport à la majorité qui conçoit autrement le droit positif.

L'écart n'est pas total, il y a recouvrement partiel. Deux théories de droit positif illustrent le non recouvrement total des trois sphères :

- L'abus de droit : même si on fait un usage régulier d'un droit subjectif reconnu, la légitimité peut censurer cette légalité. L'employeur peut licencier ses travailleurs, mais parfois il y a un écart sur le terrain.
- La désobéissance civile : certaines formes d'infractions (*cf.* L. King) se font au nom de droits de l'hommes, de principes légitimes. Au moment où Gandhi, King posent leurs actes, on considère que la désobéissance existe mais qu'elle est civile car légitime.

Les trois cercles non sécants entre-eux signifieraient qu'il n'y aurait aucun respect du code civil et que la légitimité serait encore ailleurs. Ce n'est ni réaliste ni souhaitable. Ce serait l'anarchie la plus complète : la société humaine agirait autrement de ce à quoi elle aspire. Il y a des moments très brefs d'anarchie dans les sociétés révolutionnaires. Le pouvoir, comme la nature, a horreur du vide. Le vide va être rempli rapidement par un pouvoir. Mais l'anarchie est le plus souvent synonyme de loi du plus fort, de loi de la jungle. Il y a une anomie : tous les coups sont permis. L'anarchie ouvre la porte au moins scrupuleux, ouvre la porte au renard dans le poulailler.

§3. Prolongements philosophiques

Mais en définitive, quel est le rôle du droit dans la société ? Le schéma en trois cercles y apporte une réponse. Le droit se trouve dans la légalité, le bien dans la légitimité et la force dans l'effectivité.

Le droit sert à la médiation entre la force et le bien. Le droit moralise, civilise les rapports de force économiques, politiques. On sort de la loi de la jungle, le droit réalise le bien. Le compromis entre le cynisme de la force et le sublime de l'éthique passe par des procédures juridiques. C'est le rôle du droit d'assurer le lien entre la force et le bien.

On voit ce qu'il se passe lorsqu'on prétend se passer du droit dans Mao,

Marx, Engel. Les grands penseurs communistes sont persuadés que le droit, supercherie bourgeoise, disparaitrait lorsque le communisme serait établi. Il y aurait alors un modèle de superposition entre le bien et la force. Des auteurs aspiraient et annonçait la disparition du droit car il n'aurait pas de prise sur la réalité.

Par contre, dans la pratique, on constate qu'il existe des situations ou le droit ne fonctionne que sur une jambe, où il n'y a qu'un pole de force ou de bien.

A l'époque stalinienne, dans certains pays, il y avait du droit appliqué, avec des parodies de procès : le droit sans la justice est une violence, une imposture. Le droit peut être inspiré par des idéaux mais sans mobiliser la contrainte publique. Les tribunaux de l'opinion publique, le tribunal Resel, est un tribunal delà conscience publique, sans capacité de faire exécuter ces décisions. Ce droit est impuissant (vertueuse impuissance).

Chapitre V. Les sources de droit revisitées

Une vaste recherche collective a été conduite à Saint Louis depuis 3 ans. Le 21 février 2013, conférence obligatoire.

Section 01 *Introduction*

La doctrine classique a un problème avec ses sources ; A en croire une théorie récente, de Bergel, on trouve qu'il y a 4 sources formelles en doctrine s : coutumes, lois, jurisprudence et doctrines. « En droit français, la doctrine n'est pas une véritable source du droit » « En droit français, on hésite à voir dans la jurisprudence une véritable source de droit ». Il y a donc un problème avec deux des quatre sources. Un peu plus loin dans son ouvrage, « la documentation juridique s'attache aux différentes sources du droit : la législation au sens large, règlements et circulaires, jurisprudence, doctrine, voir les autres sources telles les CCT, les réponses ministérielles, les sentences arbitrales, les actes types de la pratique, les modèles de contrat. La tendance actuelle est de mêler les différentes sources de droit. » Il y a donc une hésitation dans la doctrine la plus récente sur les véritables sources de droit : on en a quatre qui se résument à deux, mais sous couvert de documentation juridique, on ouvre la porte à toutes une autre série de sources. La notion de source de droit est donc faussement simple. Il faut donc faire un nouvel inventaire des sources.

C'est une tache énorme, car elle doit concerner toutes les branches de droit, et force à affronter des questions difficiles : qu'est-ce qui est juridique ? Qu'est-ce qui inspire le droit mais qui n'est pas juridique ? On n'échappe pas aux fondements du droit ! On en revient aux *iusnaturaliste*s.

Le présent cours diffère du cours de *SPD* : il existe une différence entre la langue et la parole. Ici, analogiquement, le cours de SPD présente la langue du droit, la grammaire, les sources, hiérarchisées, la syntaxe statique du droit. Mais avec cette langue, les locuteurs juridiques l'infléchissent en fonction de besoins d'expression personnelle, avec de véritables distorsions entre l'usage vivant et l'usage fixé.

Section 02 *Theorie dialectqiue des sources*

§1. Classification des sens possible du terme « source de droit »

A. Notion polysemique

Le mot « source » est polysémique, comme le montre M. Bergel. Il existe ici trois séries de données à ne pas confondre :

1er. des énoncés juridiques, des textes. « il faut réparer les dommages que l'on a

commis ». ce sont des énoncés qui flottent comme des OJNI, qui recherchent une qualification, un objet qui leur donne forme et statut.

2e. Des catégories conceptuelles diverses qui sont différents sens ou acceptions du terme source. Ils vont essayer de donner une qualification aux énoncés juridiques.

3e. Des catégories bien connues par la doctrine, comme les sources identifiées par Bergel (coutume, loi, jurisprudence, doctrine) qui sont des sources prêtes à acter.

Ces catégories 3 sont dominantes et ont une propension à étouffer le débat, exercent une violence qui force à rejeter dans le non droit. On sort des catégories juridiques ou bien on les intègre de force dans les catégories connues. C'est un aspect de la lutte des paradigmes. Ces catégories rejettent les OJNI, ou les acceptent de force, en n'en conservant qu'une partie de la signification.

Les énoncés 2 rentrent de moins en moins bien dans les catégories 3. Elles s'avèrent peu en phase avec la pratique. La doctrine ne sait plus à quel saint se vouer. On doit travailler dans le deuxième plan pour revisiter la théorie des sources.

La notion est polysémique : on propose jusqu'à 8 conceptions différentes des sources. Jestaz propose 5 conceptions de sources. La source peut être

i. le fondement idéologique d'un système,
ii. les forces sociales qui créent du droit
iii. les supports linguistiques du droit
iv. les normes juridiques obligatoires (sens retenu par Bergel)
v. les modes de production du droit

B. ESSAI DE MISE EN ORDRE :

Il y a trois couples de notions essentielles. Il y a le fondationnel-factuel (1), le force-forme (2), processus-produit (3). Le mot source renvoi à l'idée de la création, de la Genèse. La source est la création mais également ce qui en résulte. On peut alors adopter un point de vue philosophique (fondationnel) ou une perspective empirique (factuel) qui se focalise sur le fait originaire. Le factuel se divise et permet de distinguer des forces de création, mais également les formes que revêt cette création.

Les formes, auxquels les juristes sont attachés, permettent de distinguer processus et produit, le processus c'est-à-dire la manière dont on crée le droit. Il y a des formes spontanées ou dérivées. Le produit permet d'étudier ce qui résulte.

Mise en garde dialectique : une telle classification permet de mettre de l'ordre dans les idées, d'attribuer une place à chacun des candidats dont parlait Jestaz. Mais il y a un prix à payer ; trop souvent, elle nous dispense de penser les

rapports, d'affronter la complexité du réel. Comme on a attribué un nom à chaque chose, on pense être dispensé de penser les rapports entre les choses. On s'étonne alors voir surgir de nouvelles sources. Il faut penser les liens qui s'établissent entre les différentes rubriques.

1) *Fondationnel :*

L'approche fondationnelle est philosophique, critique. Elle recherche les principes explicatifs dans l'ordre logique ou de légitimation, de justification.

a) Fondation logique et épistémique :

On peut remonter à Leibnitz qui s'est efforcé de contrsuire une logique juridique rationnelle, une algèbre juridique, un calcul matriciel. Bentham, plus proche de nous, a eu le projet d'établir un lexique juridique contrôlé, dépourvu d'allusions, avec une monosémie, qui ait pour conséquence que le langage soit clair. Il y a un cadre matriciel des sources des sources pures.

Encore plus proche, Kelsen essaye une théorie pure du droit, dérivant de la pyramide des normes : toute norme dérive d'une norme supérieure, la norme supérieur dérivant de la norme supérieure. A partir de cette hypothèse transcendantale qu'on est obligé de formuler, on peut trouver une source fondamentale.

b) Fondation éthique et politique :

Tout repose sur un choix de valeur initiale. Dans la recherche collective, le père X. Dijon considère que la source ultime, *l'instance qui fait droit dans le droit, c'est la nature humaine créée*. C'est dans ce contexte de foi révélée qu'est désignée la source : le père d'un humain crée. C'est une variante catholique du droit naturel. De tous temps, les religions révélées ont une source fondamentale du droit révélée.

Dans l'occident laïcisé, on du trouver des substituts. A la renaissance européenne, on a considéré que la source fondamentale du droit est le contrat social : il y a un accord entre les gouvernants et les gouvernés. Toute la modernité juridico-politique a pensé à cette option.

Un autre candidat de fondement étique et politique, c'est la raison. La raison a été pensée par les mêmes que les personnes favorables au contrat social. Dans le préambule du Code Civil de Portalis, celui affirme qu'« *il existe un droit universel et immuable, source de toute les lois positives, il n'est que la raison universelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes* ».

Y. Cartuyvels considère qu'au XIXè S, la source de droit pénale est la loi elle-même. En matière pénale, la loi était sacralisée car elle provient du droit social. La loi n'est pas un caprice du prince mais voulue par le peuple par l'intermédiaire des représentants.

Action de la croyance au droit, 'est une adhésion initiale. Cet acte de foi prend la forme d'un récit, qui est le fruit d'un imaginaire. La raison, le contrat social ne sont pas attestés empiriquement. La littérature occupe cette place (Crusoé, ...) d'entretien du droit. Platon dit dans « les lois » et la république quelles légistes refusent l'accès à la cité aux poètes et dramaturges car ils auraient un imaginaire concurrent, subversif. On préfère les condamner.

Shakespeare a été cité plus de 800 fois en 20 ans à la Cour Suprême américaine. Il sert de source d'inspiration, on interprète tel ou tel personne de Othello ou du Marchand de Venise.

Quand on parle de fondation, on est forcément confronté à une tautologie, un paradoxe, circularité. C'est quelque chose que l'on retrouve dans la norme fondamentale de Kelsen. Toute recherche du fondement conduit soit à un *regressus ad infinitum* (qui contrôle le contrôleur ?) ou une *petitio principii* (on trouve un fondement dogmatique, un acte de foi).

Plusieurs auteurs considèrent cela ainsi : le droit ne se définit que si on est installée dans un système de droit. Dans une définition du droit, on parle toujours de juridique ! Philosophe français, observateur au CE français, analyste de la jurisprudence du droit, Bruno Latour dit qu'une « *inévitable tautologie fait partie du droit. Pour décrire le droit de façon convaincante, il faut déjà être installé en lui par un saut* ».

Gadamer parlait du cercle herméneutique qui est une illustration : il y a une préinterprétation, il faut déjà avoir participé au cercle du droit.

François Tulkens a contribué en parlant des PGD : il décrit une situation : quand un juge applique un PGD, il le reçoit et il le crée en même temps. Il y a quelque chose de nouveau qui se fait à partir d'un matériau juridique, qui n'est pas arbitraire, il percole du système juridique.

2) *Factuel : force et forme*

Si on étudie la source comme un fait empirique qu'on décrit, alors cette description peut prendre deux directions : il y a des forces créatrices d'un part, mais on peut être sensible au produit de cette création, au forme que la création prend.

Force et forme est une distinction connue en droit entre les sources matérielle (forces) et formelles (formes).

a) Forces

Un auteur central nous aide dans cette matière : G. Ripert nous éclaire sur les sources matérielles, dont les positivistes se méfient. Les sources matérielles ne sont pas des procédures mais du concret, du social. Ripert parle des « *Forces*

créatrices du droit ».

Les forces pèsent sur la genèse du droit : l'action des syndicat, des associations, des partis politiques, …

Les forces peuvent être positives d'accélération ou négatives de frein. Le décret Marcourt : 5 recteurs poussent à la réforme, 1 s'oppose à ce décret.

Ces mêmes forces agissent sur la réception et l'application du droit. Ripert ne s'inquiète que de l'adoption des règles. Mais l'aval et l'amont sont aussi importants les uns que les autres : les mêmes forces doivent pousser à la réception, outre la simple adoption.

Bien plus, il y a des forces qui résultent du droit et qui agissent sur els forces qui agissent sur le droit. Le droit est lui même une force importante. Il y a une mouvement circulaire. C'est un modèle complexe ou les effets agissent sur les causes.

Les forces créatrices sont au nombre de deux : les idées-forces (2.a.1) et les différentes catégories d'acteurs qui, à titres divers, contribuent à la formulation de ces idées-forces, des lobbys faisant pression sur les autorités. (2a.2)

i) Les idées forces :

Ce sont des modèles, des idéologies, des représentations. On y trouve la religion pour les croyants, la morale, les mœurs, les récits, la littérature, et au centre de ces cercles concentriques ou il y a ce que les gens pensent être du droit, c'est le droit vulgaire qui pèse sur la reconnaissance du droit. Plus central, il y a de la doctrine, des modèles de droit comparé.

Autour de cela gravitent des énoncés juridiques, des idées de droit plus ou moins précises et exactes. Elles font pression sur le droit pour être retenu et devenir du vrai droit en cherchant es portes d'entrées (décisions de justice, coutumes, circulaires ou même une loi en bonne et due forme qui consacre les idées de tel segment de la population).

ii) Acteurs, rapports de forces et d'intérêts (lobbys) :

Ces lobbys sont des entrepreneurs législatifs. Ces acteurs sont pris dans des rapports d'intérêts et de force. Par ceci, on ouvre la porte à la sociologie du droit, qui trouve une place bienvenue dans le cadre du présent propos, interdisciplinaire.(cf. section 4 du chapitre 2)

Dialectisons : Il existe un lien entre sources formelles et matérielles. Une frontière sépare, définit les deux cotés mais c'est un lieu d'échange et d'interface.

P. Brunet développe une théorie des contraintes juridiques : c'est un garde-frontière entre les sources formelles et matérielles. Ces contraintes pèsent sur les acteurs officiels du système juridique. Ce sont non des contraintes sociologiques

(âge, sexe) mais juridiques. Ce sont des jeux de rôles entre les différents acteurs du système juridique (raisonnement juridique : juge <-> législateur). Même si le législateur et le juge sont des pouvoirs séparés et indépendants, le juge est subordonné au pouvoir législatif, même si le juge a un large pouvoir d'interprétation. Le juge n'est pas complètement assujetti, mais il doit être fidèle à ce qu'il croit être la volonté du législateur.

Par ailleurs, J. Chevalier étudie ce qu'on appelle ***l'internormativité,*** qui est la capacité du droit à absorber, incorporer des normes qui relèvent d'autres systèmes normatifs (technique, religieux, mœurs, médiatique, ...). Aucune norme extérieure ne peut ne pas devenir juridique. Ex : en droit de l'environnement, une liste de produits dangereux est établie sur base d'une liste technique qui prend en compte la nocivité. Il en va de même en droit commercial qui assimile des normes comptables, ...

Ensuite, François Tulkens, à propos des PGD, considère qu'il existe ***des liens entre PGD avec les réalités sociales et un sens intime du juste***. La doctrine ne maquille plus l'interface entre le droit (formel) et le non-droit (matériel), assuré par les PGD.

Isabelle Hachez est amenée après 3 ans de travail à introduire une nouvelle catégorie qui émerge grâce à la dialectique ***: les sources informelles***. Ce ne sont pas des sources formelles car elles ne sont pas juridiquement obligatoires, contraignantes, sanctionnées (doctrine, *soft law*) mais leurs effets juridiques sont plus efficace que des sources matérielles. Elles sont donc au « poste frontière ».

b) Les formes

La création normative peut être envisagée comme un processus (2.B.i), ou comme un résultat de celui-ci (2.B.ii). Mais souvent on n'utilise qu'un mot pour viser le processus et le produit.

i) Processus

On retrouve ici la distinction entre sources originaires (a) et dérivées (b), distinction proposée par Virally.

a. Originaire

Ils sont unilatéraux (législation au sens large : constitution, loi) ou un auteur impose sa volonté ou bilatéraux (contrats, conventions, traités). Ce sont des sources qui ont eu auteur et un contenu déterminé, un lieu, une date d'édiction. La validité de ces actes dérive de la validité d'actes supérieurs. Mais ce sont aussi des modes de créations du droit direct. Elles créent du droit consciemment, délibérément, instantanément.

b. Dérivé

A cela s'oppose les autres sources : coutumes, pratiques, usages, PGD, règles jurisprudentielles (règle reconstruite à partir d'une accumulation de décisions de justice). Ces sources-ci forment des sources originaires et indirectes. Elles sont originaires car collectives et spontanée ; Nous sommes auteurs des coutumes, mais également les destinataires. Elles ne découlent pas de règles supérieures. Leur contenu est discutable car au début, elles ne sont pas écrites. Il faut du temps pour trouver une formule consensuelle. Mais il y a aussi un mode indirect de formation du droit. Les actes n'ont pas pour volonté délibérée de créer directement du droit. Les juges ont individuellement la volonté de trancher des litiges, la règle générale arrivera dans la suite. Ce sont des règles secondairement juridiques. L'acte n'est source de droit que lorsque par un comportement généralisateur, comparatif, la doctrine constate, prend acte qu'une règle de droit nait de l'accumulation des indices, de l'accumulation de ces applications.

ii) Produit

Nous sommes tellement habitués à raisonner à l'inverse ; un comportement découle d'une règle de droit (positiviste, légaliste). Avec les sources indirectes, il y a des précédents qui font la règlent par leur accumulation. La règle résulte des applications et pas l'inverse.

Kelsen et les positivistes inventent une pseudo-norme originaire qui habilite les gens à créer du droit par la coutume tellement ils sont mal à l'aise à l'idée que ce sont les actes qui créent du droit.

Il faut assumer que la coutume vise sa propre vie. Les sources originaires sont originaires sont originaires par rapport au droit dérivé. La norme de Kelsen fondamentale est une coutume assumée, réalisée. Il faut, ainsi, distinguer le produit, qu'il soit :

a. Incitatif

b. Impératif

C. LUTTE DE CLASSEMENT :

Il y a des controverses sur les différentes méthodes de classement, entre différentes théories du droit. On peut partir d'une catégorie, d'une théorie ou partir d'un énoncé. Pour le premier type, on fait allusion au positivisme de Kelsen (1.A : fondation logique et épistémique avec la norme fondamentale comme source des sources) ou aux philosophes (1.B : le droit est débiteur de la morale ou de la religion). Les sociologues s'intéressent aux forces créatrices. Mas les positivistes s'inquiètent avec les sources formelles, mais ne s'intéressent pas

des normes originaires qui ne sont pas habilitées par une pyramide des normes, mais affectionnent le droit dérivé. Les positivistes n'apprécient pas le droit incitatif (*soft law*) mais plus à l'aise avec le droit impératif.

Pour le deuxième type, l'article 2 de la Constitution égyptienne dit que les principes de la sharia sont les sources principales de la législation. C'est un énoncé juridique. Il est en attente de qualification. Cette phrase relève d'une fondation éthique et politique (religion comme source de la législation), mais un croyant pense que ce qui est juste est vrai et nécessaire (fondation logique), mais c'est une question théologique. Cet énoncé est une force créatrice (II.A.1), une valeur, une représentation. Question politiquement sensible, on se demande si elle peut être considéré comme un produit impératif (II.B.ii.b)

§2. Instruments théoriques mobilisés dans la recherche

Il y a un large nombre d'instruments qui peuvent être mobilisés :

- la règle de reconnaissance (RR) de l'anglais Hart :elle joue le même rôle que la norme fondamentale de Kelsen, qui se trouve au delà du positivisme juridique. C'est un instrument accepté de façon positive et non péjorative. (B)
- Il y a une conception assouplie de la juridicité. Le droit ne se réduit pas au droit contraignant et sanctionné. Il y a du droit en dehors de la contrainte. (C)
- La théorie de la double institutionnalisation. (A)
- La théorie des contraintes positives
- La théorie du performative.

Cet ensemble de théories est sélectionné car elles ont un air de famille, nécessaire à l'élaboration des sources du droit. C'est une approche interdisciplinaire du droit, théorie chère à Saint-Louis. C'est un paradigme alternatif au paradigme de la pyramide.

Les trois théories qu'on développe ici appellent à penser un lien dialectique entre sources formelles et matérielles.

A. La théorie de la double institutionnalisation permet de penser du préjuridique (matérielles) au juridique (formelle), de normes extérieures aux normes juridiques.

B. La règle de reconnaissance est une règle qui repose sur une pratique, les coutumes, usages. Cela renvoie aux acteurs, à la réalité sociale. La RR, par son statut mixte de règle, mais coutumière, permet de penser l'articulation entre normes matérielles et formelles.

C. La théorie assouplie de la juridicité permet de s'accommoder du *soft law* et accepte des formes spontanées de régulation et fait droit aux sources

matérielles, aux acteurs autres que juridiques. On est à l'interface entre sources formelles et matérielles.

A. La double institutionnalisation

C'est une petite histoire : pleins d'auteurs ont mis le doigt sur un phénomène de redoublement, qui est celui e la double institutionnalisation. Mais qu'est-ce que ce redoublement ?

Au départ, les sociétés humaines sont de tailles limitées (familles, clans, groupes de guerriers, sectes religieuses), spontanément autorégulées. Il y a des règles qui relèvent de la tradition, qui disent comment se comporter. Les changements de règles sont des changements lents, invisibles, des changements coutumiers. Le changement se passe spontanément et lentement. De même, les sanctions des transgressions sont laissées au groupe lui-même et prend la forme d'un bannissement ou d'un exil, sans un pouvoir indépendant.

Mais à un moment, dans l'histoire des groupes et mêmes des peuples, apparaît la nécessité d'officialiser les règles et de sanctionner les délinquants : se mettent en place des organes secondaires dont la tache est de redoubler les normes primaires, coutumières, auxquelles s'ajoutent des règles secondaires, plus formelles, comment modifier du droit, créer du droit, abroger du droit et sont mises en place des institutions qui sanctionnent officiellement l'infraction à la règle. On passe ainsi d'état de nature à l'état civil. Les institutions secondaires officiellement les normes primaires et secondaires. La légalité formelle vient s'ajouter à l'effectivité et à la légitimité.

Il y a un retournement ici : le deuxième moment prend dans notre esprit la place du premier. Savigny considère que le droit populaire est caché par la législation et la doctrine, de sorte que les origines peuvent être oubliées et méconnues. On oublie, on refoule le moment fondateur, premier.

Exemple : les normes ISO en matière de standardisation. Ces normes iso franchissent différentes étapes ; elles sont d'abord adoptées par les différents acteurs du marché, puis homologuées par des institutions mi privées mi publiques et ensuite elles font l'objet de directives, de règlement, de consécrations officielles.

C'est un complément de la théorie de la validité, car cela phase les moments historiques. Cette théorie n'est pas qu'historique. C'est tous les jours qu'on peut observer cette transformation ou ce passage.

B. La regle de reconnaissance (Rule of recognition de Hart, traduit par M. Van de Kerkhove)

La règle de reconnaissance est un outil pour hart pour valider le droit. Cela a

le même rôle que la norme fondamentale de Kelsen. Mais la RR a un immense mérite : elle déplace notre centre de gravité, notre regard : on déplace l'importance du regard sur les pratiques et non sur le législateur. Il faut savoir si les sujets reconnaissant, ou non, les énoncés qui se prétendent sources de droit. Hart ne se situe pas exclusivement de ce point de vue là : la reconnaissance prend au sérieux la volonté du législateur. Il y a une forte présomption que l'édiction par le législateur est valide. La reconnaissance n'est pas arbitraire. Le modèle Kelsenien peut fonctionner dans la plupart des cas.

Cette reconnaissance n'est pas un simple décalque de la volonté du législateur.

Ces règles de reconnaissance ne sont pas rigides et formelles : elles sont douces et floues (*soft & fuzzy*). Ces règles sont entourées de controverses et de débats, c'est à dire des incertitudes, des doutes. Ce qui est source de droit reste marqué par la pénombre de doute, par des incertitudes.

La règle de reconnaissance se décline au pluriel : il y a des tas de règles, dont certaines sont informelles, non écrites. Certaines règles sont écrites et non écrites. Hugues Dumont travaille sur l'article 33 al 2 de la Constitution : « ils sont exercés de la manière établie par la constitution ». La Constitution prévoit des décrets, des lois, des ordonnances… Travaillant sur cet article, il démontre que la règle est en permanence contournée, débordée, qu'il faut lire entre les lignes pour accepter les coutumes constitutionnelles comme source de droit.

La règle de reconnaissance peut être analysée en 4 étables

1) <u>Il s'agit d'une règle :</u>

Cela devrait rassurer les positivistes classiques. On peut définir els sources de droit par une règle, qui occupe une bonne place dans nos constitutions, qui habilite les pouvoirs. Mais les doutes se manifestent rapidement : il n'est pas simple d'identifier les règles de reconnaissance. Aucune règle ne se signale comme telle : ce sont les auteurs qui s'accordent sur cette règle. M. Van de Kerkhove se demande si la jurisprudence est source de droit. Certains répondent par la négative (art. 6 du C. judiciaire qui interdit les arrêts de règlement). Ceux qui considèrent que la jurisprudence est source de droit utilisent l'argument de l'interdiction du déni de justice (art. 5 du code judiciaire).

Dans chaque branche de droit, il est possible d'identifier des règles de reconnaissance. En droit international public (article 38 du Statut de la Cour de la Haye : quand un juge tranche, il peut se baser sur un inventaire de sources de droit (doctrine est source de droit) et parlant des « nations civilisées ».), l'article 38 qui est une liste claire serait incomplet, dépassé.

Le TFUE a fait un effet de rajeunissement des sources de droit européen mais a déjà été critiqué par la doctrine. On ne parvient pas à épuiser la question

majeure de la reconnaissance. C'est une loi des lois. Toutes les règles de reconnaissance n'épuiseront jamais le mouvement de création.

Il existe parfois des règles de reconnaissance lucides et bienvenues qui habilitent des sources non écrites : art 20 de la loi fondamentale allemande : « les pouvoirs judiciaires et exécutifs doivent respecter la loi et le droit » ; la loi est écrite, mais le droit gravite autour de la loi. Il y a une place pour le droit.

Dans le récent code civil hollandais, on retrouve « *compte pourra être tenu des convictions du peuple juridique néerlandais* ».

2) La règle de reconnaissance repose sur une pratique

Même si c'est une loi, la règle repose sur une coutume, sur une mise en œuvre, sur son utilisation par les acteurs juridiques. Si les acteurs qui l'utilisent sont des juges principalement, mais comme c'est une coutume, on ne peut pas être sur que la pratique est observée.

Remarque 1 : caractère progressif de cheminement pour la consolidation d'une pratique : cela prend du temps. Pour conclure qu'un principe est un PGD, on ne le fait pas en un jour, il faut une accumulation de précédent. Pour dégager une règle jurisprudentielle, il faut une accumulation de jurisprudence. Il y a un phénomène de sédimentation, incrémental.

Remarque 2 : un organe, un juge par exemple, peut reconnaître ou consacrer comme source de droit ce que son jeu de rôle, sa position institutionnelle, ses compétences l'autorisent à reconnaître. Elles ont un angle de vue particulier. Une visière, des œillères ne permettent pas de regarder sur le coté. Aussi, la Cassation a des compétences déterminées par l'article 608 du C. judiciaire : elle connaît des décisions en dernier ressort pour contravention à la loi. Seule la loi permettrait à la Cassation d'avoir des reconnaissance : par hypothèses, elle est légaliste. La Cassation essayera de construire des systèmes en vue de reconnaître d'autres sources que la loi.

La Cour constitutionnelle a du mal à vérifier les principes non constitutionnels, non écrits. Le principe général à valeur constitutionnelle qu'elle pourrait utiliser découlerait de la constitution pour cette Cour.

3) Diversité des acteurs collaborant à la reconnaissance des sources

On ne parle pas que des juges : particuliers, conseils, organes, autorités administratives, ... Ainsi, en droit international, les ONG (Amnesty, Greenpeace, CICR, ...) sont des lobbys très puissants et contribuent à reconnaitre ou non tels ou tels énoncés juridiques comme sources de droit. Les ONG ont également un

rôle important dans le droit strasbourgeois européen des droits de l'Homme. En droit belge, les partenaires sociaux ont un rôle important.

En droit constitutionnel, des commissions de sages consacrent les coutumes constitutionnelles. La doctrine, pouvoir privé, ont un rôle important : elle peut aider à reconnaître des principes : en droit privé européen, des professeurs de droit ont aidé à harmoniser les règles européennes des contrats (Commission Landau de 1995 à 2003) : c'est une codification privée.

Cette diversité d'acteurs qui contribuent à la pratique coutumière de reconnaissance : cela aide à avoir une vision du droit moins contentieuse : les tribunaux ne règlent pas que des contentieux, il y a des règles qui aident à trancher conflit, certes, mais ce n'est pas tout !

F. Belleflamme montre que les circulaires administratives sont mal vues par les juges qui doivent souvent les annuler, alors qu'aux yeux des fonctionnaires, ces circulaires sont très importantes, sont le plus proche de lui. Ce qui aux yeux des puristes peut être non valide, ne pas être reconnu, peut être aux yeux des acteurs la source la plus opératoire, la source de terrain.

4) Reconnaissance des énoncés hétérodoxes ? La question de la para-légalité.

De temps en temps, les reconnaissances des différents acteurs peuvent introduire des produits hétérodoxes : des sources non officielles ou illégales mais effectives et légitimes.

H. Dumont appelle cela la para légalité : le Pacte Scolaire a joué un grand rôle dans la vie scolaire en Belgique pendant des décennies et a permis de résoudre la guerre scolaire. Tous les partis politiques et les partenaires sociaux avaient donné leur accord, même si c'était illégal ou inconstitutionnel. Les élites ont donc permis de créer une brèche.

Les accords de coopération : ce sont des « conventions » politique entre les grands pouvoirs publics belges (Etat, communautés et régions), mais qui comportent des inconstitutionnalité, mais au bénéfice de l'accord politique. L'hétérodoxie de ces accords de coopération fait que ce sont des parlements qui adoptent ces actes qui ne respectent pas les *lois*.

C. Conception assouplie de la normativite

On se détache, on prend ses distances du modèle pyramide selon lequel une norme ne peut être qu'un commandement obligatoire et sanctionné, produit régulièrement par une autorité officielle.

C'est par exemple la position du Conseil Constitutionnel français qui dénie

comme loi un texte qui manque de portée contraignante. C'est la position de notre CE, section législation. Le CE réfute les dispositions sans force contraignante. Cette conception rigide du droit est dépassée dans les faits. Ce qui est considéré comme norme en pratique, c'est tout énoncé servant à guider une action, un modèle pour l'inspirer, un étalon pour la juger, une référence. La norme a ici le sens de directive. Elle est recommandation, aussi bien que commandement, sanctionnée, obligatoire. La sanction est aussi une modalité de la règle.

Mais qu'est-ce qui explique ce changement de registre, cet élargissement du regard ? On peut avancer deux raisons : des raisons politiques et économiques, on constate un régime depuis l'après-guerre : l'Etat devient état providence, état social. On passe de la réglementation à la régulation, ou du gouvernement à la gouvernance. Le droit ne disparaît pas, mais il s'élargit et réduit sa pression. J. Chevalier considère que c'est un instrument de guidance ou de pilotage au service de politiques qui le dépassent.

La performativité réalise le droit. « je vous marie » : en vertu des paroles sacramentelles, le miracle juridique du mariage se produit. Mais finalement, on ne prend garde que le droit prenne forme une forme impérative, incitative, descriptive, dissuasive, … le droit performe une convention sociale, institue la société, donne un résultat global, par l'ensemble des sources. Peu importe le moyen par lequel on arrive, peu importe le degré de contrainte. Le droit est constitué de normes de tous genre : il faut définir les concepts, … pour rendre crédible le droit positif.

Quelques auteurs, tel Jérémie van Meerbeck qui étudie la CJUE, considèrent que la CJ est descriptive quand elle reconnaît un principe, ou impérative lorsqu'elle impose son respect mais tout cela se révèle performatif quand cela se réalise.

Section 03 *REGIME (PRAGMATIQUE) DES SOURCES*

Au bénéfice des 67 contributions de praticiens de l'ouvrage, et de ces approches empiriques, pragmatiques, on essayera de mettre en mouvement ces sources. On essaye de les mettre en mouvement par une genèse, de connaître le développement temporel, diachronique, mais également synchronique en montrant les liens d'interactions entre toutes les sources. Il est bien de distinguer les différentes sources, mais il faut connaître els rapports d'implications. Cela permettra d'introduire l'application faite par les acteurs, privés, publics, … qui poursuivent des intérêts économiques, politiques et utilisent donc les sources à ces fins. C'est une approche de sociologie du droit. Il faut intégrer les logiques des acteurs !

C'est un système de relations dynamiques entretenues entre elles en pratique. On s'oppose ici au positivisme classique qui ne nous parle des sources

que de manière statique, d'inventaire, de typologie. Les seules relations établies sont verticales : exécution, obéissance, conformité alors que les normes sont de toutes natures.

Il faut mettre ici l'accent sur la fluidité dans le temps, en mouvement, avec des genèses qui prennent plus ou moins de temps (aspect dyachronique), mais également sous un aspect synchroniques en montrant combien les normes sont mutuellement dépendantes. Une loi sans jurisprudence, sans AR d'exécution est lettre morte. Il y a donc des interactions, même si elles ne sont pas toujours positives.

Cette mise en mouvement introduit le temps, la vie mais également les acteurs et leurs stratégies. On réintroduit les sciences sociales pour expliquer le droit.

§1. Gradualité et relativité

L'approche doit être graduelle puisqu'elle introduit mouvement et temps : il y a forcément des phases. La force normative, l'intensité normative ont des performances, des résultats plus ou moins probants.

Cette approche relative est nécessaire : nous avons vu que les sources sont reconnues par un pluralité d'acteurs : aucun n'a le premier ou le dernier mot. Chacun doit prendre en compte des perspectives propres. La relativité s'entend donc non pas comme le scepticisme mais dans la relativité d'Einstein : il y a plusieurs perspectives dans un même objet. On doit accepter qu'il n'y ait pas de perspective obligée, tout dépend du point de vue de l'observateur.

La question épineuse de savoir s'il y a prévalence de l'ordre juridique interne sur l'ordre international ou l'inverse est relativiste : du point de vue constitutionnel, c'est la constitution qui prime, du point de vue international, c'est l'ordre international. On ne demande pas ici une réponse de normand, on doit arranger les rapports entre les deux types de sources !

1. Une même source peut présenter différents visages :

Les CCT, si importantes en Belgique : on conclut à sa nature hybride : elle est conventionnelle par son mode de formation mais réglementaire par ses effets, même à des acteurs qui n'ont pas négocié cette convention.

Les codes de conduites : ils ont une forme contractuelle, mais ont un contenu réglementaire, coutumier.

2. Pour certaines sources, il est délicat de définir une place dans la hiérarchie des normes. Elles sont insaisissables dans leur place de la pyramide : quelle est la place des PGD ? Fr. Tulkens enseigne qu'un PGD a une valeur infralégislative mais supraréglementaire, mais, à peine fixé, le PGD échappe à cette place, qui se

déterminera au cas par cas. De façon plus précise, le PGD de respect des droits de la défense peut à la fois se voir reconnaître une valeur infralégislative mais en même temps constitutionnelle ou supranationale (CEDH). Il déjoue les classifications binaires. L'auteur ajoute encore qu'en intégrant le facteur temps, on observe une montée en puissance des PGD.

Cette place incertaine conduit parfois au phénomène des boucles étranges : elles caractérisent le fait qu'une source inférieure peut se rendre le maitre de la norme supérieure dont elle dépend elle-même.

Fr. Belleflamme nous dit que « *les circulaires administratives se substituent au texte commenté, qu'elle est censé appliquer. On assiste à une remontée des règles qui conduit à une transformation du cadre légal.* »

§2. Temporalité. Les sources en perspective diachronique.

On peut prendre une photo des sources à un instant T, plus ou moins statique. Cela évitera peut-être le flou, cela peut rassurer, mais c'est un danger : on ne comprend pas le mouvement, l'instant d'avant ou l'instant d'après. Il faut comprendre ce facteur temps de trois façons différentes :

A. On associe chaque type de source a une temporalite differente

Apprécier les différents rythmes selon les types de droits : une société coutumière est une société lente, une activité législative permet de se tourner vers le futur, d'avoir une vie commune, de façon volontariste ou une activité réglementaire tournée vers le moment présent : on ajuste les solutions juridique au temps réel. On peut d'ailleurs montrer que l'histoire entière est animée par ce moment. Avant, l'histoire était ralentie, coutumière. A la révolution française, les sociétés veulent changer l'avenir. L'actualité est marquée par l'immédiateté, le zapping. Ce n'est pas un hasard si les sources du droit principales aujourd'hui peuvent être changées instantanément ; on vit un phénomène d'accélération du temps juridique

B. Genese plus ou moins progressive des sources

Il y a des lois plus ou moins instantanées (entrée en vigueur à la publication), mais parfois la genèse prend du temps (la coutume nécessite une accumulation de précédents. De même la règle jurisprudentielle nécessite un certain temps.) L'usage, la pratique ne se consolide que par l'accumulation de cas : une clause contractuelle devant une clause type a du être observée des centaines de fois.

On peut en tirer la leçon qu'il faut abandonner la logique du « tout ou rien ». Il y a eu pendant des années l'accumulation factuelle ce qui permet à un moment de conclure qu'une pratique est née. Le fait devient progressivement du droit.

C. LES METAMORPHOSES :

Un énoncé, tel que payer ses dettes, réparer els dommages dont on est l'auteur, peut se couler dans différentes sources de droit de manière successives. La chenille devient papillon.

Le 7 décembre 2000, on a adopté à Nice, au terme d'une déclaration solennelle, la charte des droits fondamentaux de l'UE. Ce n'est pas du droit contraignant. Ce n'est qu'une déclaration solennelle.

9 ans plus tard, à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, ce même texte était reconnu comme ayant des effets équivalents aux traités. On est passé d'une déclaration à une reconnaissance. Au cours de ces 9 années, une certaine force juridique a été reconnue au texte, on lui a accrédité une valeur.

Le coup ne réussit pas toujours : S. Van Drooghenbroeck a étudié le statut des révisions constitutionnelles ratées : la chenille ne donne pas un papillon. Quel est le statut de ces normes qui sont restées dans les limbes de la juridicité ? Elles ont une certaine vie puisqu'on a voulu les adopter, mais que ce n'a pas été mis en pratique. La chenille pourrait devenir un *autre* papillon.

Dans son texte, I. Hachez distinguait du point de vue temporel trois stades, trois modalités du *soft law*. Le plus éloigné du droit contraignant est le droit *recommandé* (résolutions des NU par exemple). C'est du droit en devenir, en gestation. Ensuite, il y a du droit *proposé*, prêt-à-l'emploi : la Charte de Nice en 2000. Ensuite il y a le *hard law en puissance* : on a est deux doigts d'une consécration officielle : un traité signé mais pas encore entré en vigueur ou une directive européenne pendant son délais de transposition.

Ce soft law peut-il être reconnu par du hard law ? Ce mouvement est-il nécessaire ? Est-il le bienvenu ? Est-ce souhaitable ?

Sans doute, cela se passe-t-il régulièrement comme cela, sans que cela ne soit le cas systématiquement. Il est parfois heureux que dans l'arsenal juridique, on puisse faire flèche de tout bois. Cela répond à des logiques spécifiques. Parfois, on préfère rester soft, on se méfie des consécrations officielles. C'est le cas pour certains codes de conduites : si certains d'eux sont officialisés par une loi, certains peuvent contenir une double vie car continués à être modifiées par les acteurs privés uniquement.

D. Bernard considère que parfois, on a plus intérêt à signer un contrat non reconnu juridiquement car cela pourrait remplacer une absence de convention, de contrats.

§3. Systémisme. Les sources en perspective interactive.

La thèse ici est simple : aucune source n'existe sans le concours des autres :

elles sont solidaires et les rapports ne sont pas uniquement verticaux, en vue d'une obéissance mécanique.

Certaines sources, dans le contenu même, dans leur texture, sont la sédimentation d'autres sources. Ainsi, les principes généraux du droit ne sont que la concrétion d'éléments à des bouts de loi, à des pratiques. Dans leur contenu même, les PGD sont empruntées à toutes formes d'autres sources.

C'est encore plus vrai pour la mise en œuvre qui implique une grande interaction. P. Deumier considère que le droit est le produit de l'action conjointe de différentes sources : le législateur qui édicte, le juge qui interprète, la pratique que suit le législateur. La loi n'existe pas seule, la jurisprudence n'existe pas seule. Toutes les sources ont une autonomie relative. La distinction entre création et application de la loi se relativise.

A partir de là, il est possible de déterminer des lois d'interactions de sources.

1. ces interactions ne sont pas forcément convergentes, collaboratives. Il existe des mouvements de neutralisation, de résistance, d'opposition entre les sources, ... Le retard des applications administratives freine l'application. L'interprétation judiciaire restrictive d'un texte peut freiner son application. Les pratiques divergentes des acteurs (éloignement du prescrit légal), la désuétude coutumière, la paralégalité où on reconnaît des normes pas forcément légales. Mais c'est la minorité des sources, sinon on serait dans un régime anarchique.

2. Un autre principe est celui des vases communicants entre sources :on vise des cas où le vide, le retrait d'une source va être aussitôt comblée par une autre source (la nature a horreur du vide). H. Dumont note, au sujet de la constitution, que le retrait de la catégorie de coutume constitutionnelle a été comblé par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

3. Il y a une forme de collaboration masquée entre de sources officielles, reconnues et des sources qualifiées de honteuses, qu'on n'est pas disposé à reconnaître, qu'on s'apprête à lâcher dès qu'il y aurait une contestation. Opèrent des sources efficaces qui sont cantonnées : la notion d'équité pour le professeur Wéry se trouve partout mais n'est reconnue nulle part, alors même qu'elle est à la base de la théorie de l'abus de droit. Pour Fr. Tulkens, Les principes généraux du droit avanceraient masqués par des textes de loi. La désuétude, la coutume négative sera considérée comme « la mort des lois, mais il est préférable de ne pas le dire ».

A propos de ce phénomène des sources honteuses, on peut emprunter une métaphore au professeur Perelman qui distingue des normes en uniforme, officielles au premier des rang desquelles se trouve la loi, les normes maquisards : ce sont des combattants de l'ombre (coutume, soft law, ...) qui aident parfois plus

que les soldats réguliers à atteindre la victoire. Mais on se méfie de ces résistants : soit on est le pouvoir attaqué et on a affaire à des terroristes, mais le pouvoir légitime est face à des soldats armés pour lequel on est reconnaissant mais dont on se méfie : on leur donne un uniforme et l'intégrer dans l'armée régulière ou alors on les emprisonne s'ils refusent. Il y a donc un rapport ambigu entre l'officiel et l'officieux.

Voy. les figures de la transtextualité de G. Genette.

§4. Pragmatisme. Les sources en fonction des stratégies d'acteurs.

Cette approche introduit les stratégies d'acteurs. Quand on introduit ce point de vue, alors la notion de source se transforme : les sources apparaissent alors comme des construits et non des donnés. C'est le résultat d'un montage. Les acteurs ont face à eux des montagnes de normes, mais ne peuvent en sélectionner quelques unes pour correspondre à des objectifs juridiques correspondants à des réalités privées ou publiques. On a affaire à du matériau. Si on suit jusqu'au bout cette logique, on est confronté à Einstein et à autant de théorie des sources que d'acteurs juridiques : le juge qui édicte, le juge qui contrôle, l'avocat qui conseille son client, la doctrine qui commente. Parmi celles-ci, certaines ont plus d'importance que d'autre. C'est le poids du juge qui prime, mais c'est le particulier qui saisit le juge. Il y a donc une collaboration.

Les sources ne changent pas. Ce sont les acteurs, qui ne sont pas des pions rangés sur les différentes marches de la pyramide juridique, ce ne sont pas que des exécutants, ni des personnes qui font ce qu'elles font. La sociologie du droit nous aide à penser le droit comme nous laissant libre de développer un jeu dans le cadre des règles du jeu.

Examen de première session (janvier) : 7 janvier 2013 -
21 février 2013 : cours suspendus + assister aux colloques

Chapitre VI.Table des matières